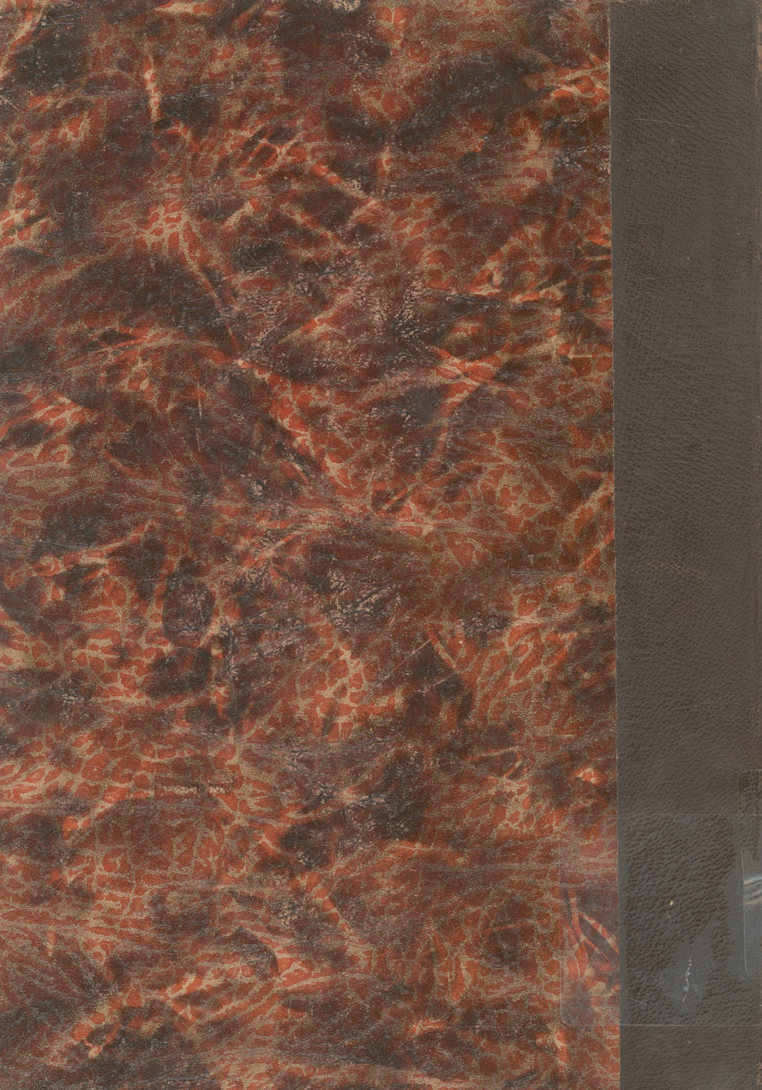


لجنة التأليف والترجمة والنشر





النقض في المواد المدنية والتجارية

لحضرة الأستاذ محمد حسين هيكل
مع أوفر التحيات
حامد فهمي

تأليف

حامد فهمي
المستشار بمحكمة النقض والإبرام

و

الدكتور محمد حامد فهمي
أستاذ قانون المرافعات بكلية الحقوق



بسم الله الرحمن الرحيم

تقدمة

نواة هذا الكتاب مقال للدكتور محمد حامد فهمى نشره فى مجلة القانون والاقتصاد شرح فيه القانون الصادر بإنشاء محكمة النقض والإبرام المصرية شرحاً يصح أن يقف عنده المقتصد ، لكنه على إيجازه يمهد للنظر مسالك البحث فى موضوع النقض فى المواد المدنية والتجارية .

ولقد كان هذا المقال جديراً بأن يغرى صاحبه ، وهو أستاذ قانون المرافعات بكلية الحقوق ، بوضع مؤلف جامع فى هذا الجزء من القانون ، وقد عرض علىَّ أن يشركنى فيه ، مؤتنساً إلى أبوتى ، مقدراً ما فى اشتراكنا من فائدة ، فترددت ثم قبلت ، وسجل علىَّ هذا القبول فى إشارة ذكرها فى ختام ذلك المقال .

خطونا فى هذا العمل المشترك أولى خطواته ، فبدت لنا مسالكه جهمة وعرة ، ليس فيها مؤنس أو معين من فقه مصرى أو قضاء وطنى ، فاعتصمنا بالصبر ومضينا فيما أخذنا فيه حتى بدأت تستهوينا جدة الطريق وسحر مجهوله ولذة تصور غايته وقد دنت وقربت . فلما انقضت أربعة أعوام على هذه الشركة فى البحث والتفكير والجهد المتصل ، جاء هذا الكتاب متجانس الأجزاء موصول الحلقات ، لا يتميز عمل أينا فيه عن عمل صاحبه ، إذ الكتاب كله فكرة تضم أفكاراً من ورائها أفكار ، جلها وليد قراءات مشتركة وبحوث مشتركة كذلك كانت تنتهى بالاتفاق على ما رؤى أنه الصواب فيها وعلى تقريره وتدوينه .

ولقد يلاحظ القارئ أننا لم نجر فى ترتيب الكتاب وتبويبه على السنن

المتبع فى كتب الفقه الفرنسى أو الفقه البلجيكى ، وأننا نحونا فى ذلك نحواً خاصا لعله أقرب للمنطق وأشكل بخصوصية الـكتاب . ذلك أننا — ونحن نضع أول كتاب فى هذا الموضوع فى الفقه المصرى — حسبنا أن كبرى الغايات فى عملنا هى إيضاح نظرية النقض وتجليتها ، و بيان أصول الطعن بالنقض وقواعده الكلية ، ولذلك جعلنا للـكتاب مدخلا عرفنا فيــه بوظيفة محكمة النقض ونظامها وتاريخ نظام النقض ، ثم قسمنا الكلام فى لب الموضوع على ثلاثة كتب ، تكلمنا فى الأول عن حالات الطعن على الجملة ، ثم على التفصيل ، وفى الثانى عن أركان الطعن وشروطه وآثاره ، وفى الثالث عن الأحكام التى تصدرها محكمة النقض وآثارها .

ولمـا كانت مسائل النقض من أدق مواضيع قانون المرافعات ، وقد تشمس على الخاصة من المشتغلين بالقانون ، جهدنا فى تذليلها والتأنيس بها وتبسيطها ورد أحكامها إلى أصولها والتعريف بهذه الأصول ، مسهبين فى الشرح حيثما اقتضت الحاجة أو تحقق النفع ، عارضين هذه الأصول والقواعد فى مجالى التطبيق بصور عملية حية تجليها وتثبتها ، انتقيناها من أهم ما عرض على محكمتى النقض الفرنسية والبلجيكية ومما قضت فيه محكمتنا المصرية .

هذا وما ينبغى للقارئ أن يضيق بما فى الـكتاب — متنه وحواشيه — من الشواهد الأجنبية ، فقانون النقض نفسه مأخوذ من بعض القوانين الأوربية ، ولم يجد واضعه حرجا من أن يشير فى مذكرته الإيضاحية على محكمة النقض بأن تسترشد بقضاء محاكم النقض فى بلجيكا وفرنسا و إيطاليا ، فكان حتما علينا الوقوف على قضاء تلك المحاكم فيما كنا بسبيل تقريره و إيضاحه من أحكام النقض وأصوله ، فتناولناه عرضاً و إيضاحاً وتحليلا ونقداً .

ولا بد من التنبيه على أن هــذا المؤلف لم يوضع ليكون موسوعة يأخذ منها الباحث ما يحتاج إليه من موضعه من غير أن يكاف نفسه قراءة الـكتاب كله ،

بل هو كتاب متماسك الأجزاء لا يجد الباحث فيه كل ما يريده فى موضع واحد ، بل لعله يعثر عليه فى مواضع متعددة حسبما توجبه المناسبة وتقضى به الغاية التى وضع من أجلها ، ففائدته قد لا تتحقق كاملة إلا لمن يقرؤه جملة ، ويطيل فيه التمعن والتأمل .

وبعد ، فنرجو أن يحقق هذا الكتاب من النفع ما رجونا منه ، والله ولى التوفيق ؟

حامد فهمى

بعض المصطلحات والرموز

كار بنتييه : ربرتوار كار بنتييه الجزء التاسع تحت عنوان « نقض »
البنديكت : البنديكت الفرنسية الجزء الرابع عشر تحت عنوان « نقض »
ربرتوار دالوز : ربرتوار دالوز الجزء السابع تحت عنوان « نقض »
ملحق دالوز : ملحق ربرتوار دالوز الجزء الثانى تحت عنوان « نقض »
تعليقات دالوز : الجزء الثالث من تعليقات دالوز على قانون المرافعات
(د ١٨٨٠ — ١ — ١١٢) : (مجلة دالوز الدورية سنة — قسم أول — صحيفة)
(س ١٨٨٠ — ١ — ١١٢) : (مجلة سيرى الدورية سنة — قسم أول — صحيفة)
ع . ف : حكم دائرة العرائض بمحكمة النقض الفرنسية
ن . ف : حكم الدائرة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية
ن . ب : حكم محكمة النقض البلجيكية
ن . م . م : حكم الدائرة المدنية بمحكمة النقض المصرية
ن . م . ج : حكم الدائرة الجنائية بمحكمة النقض المصرية
س . م : حكم محكمة الاستئناف المختلطة
تيسييه : شرح قانون المرافعات لجلاسون وتيسييه وموريل الطبعة الثالثة جزء ثالث
تيسييه ج ٢ : شرح قانون المرافعات لجلاسون وتيسييه وموريل الطبعة الثالثة جزء ثانى
جارسون : شرح قانون العقوبات الفرنسى
جارسونيه : شرح قانون المرافعات الفرنسى جزء ٦ الطبعة الثالثة
ستاوروس : تعليقات على القانون المدنى المختلط

سيمون[1]	: كتابه فى الطعون بالنقض فى المواد المدنية (انظر المراجع الفرنسية)
شوڤرن	: رسالته فى التكييف فى المواد الجنائية (انظر المراجع الفرنسية)
شويڤن	: كتابه فى الطعون بالنقض (انظر المراجع الفرنسية)
المحاماة س١٥ ق١	: المحاماة السنة الخامسة عشرة القسم الأول
مج	: المجموعة الرسمية لأحكام المحاكم الأهلية
الموافقات	: الموافقات للامام الشاطبى (الطبعة المنيرية)
طرق القضاء	: طرق القضاء للشيخ أحمد أحمد إبراهيم بك
الإثبات	: رسالة الإثبات لأحمد نشأت بك المستشار
الزينى	: موجزه فى القانون الدولى الخاص
أبو هيف	: مؤلفه فى القانون الدولى الخاص

---

(١) وقع فى هـذا الاسم خطأ فقد ذكر فى هوامش الكتاب أنه « سيمونيه » وصحته سيمون .

BIBLIOGRAPHIE

Arminjon (P) : Précis de droit international privé (1924)

Cartault : De l'excès de pouvoir à la Cour de Cassation et ses rapports avec l'excès de pouvoir contentieux (thèse Paris 1911)

Chauveron (Pierre de) : Du pouvoir de contrôle de la cour de cassation sur la qualification criminelle (Paris 1908)

Cournot : Essai sur le fondement de nos connaissances et sur les caractères de la critique philosophique (Nouvelle édition 1912)

De la Grasserie (Raoul) : De la fonction et des juridictions de cassation en législation comparée (Paris 1911)

Dereux : L'interprétation des actes juridiques privés (thèse Paris 1905)

Fabregettes : La logique judiciaire et l'art de juger, 2e édition (1925)

Faye (Ernest) : La Cour de Cassation (Paris 1903)

Gauguier : De l'interprétation des actes juridiques (thèse Paris 1898)

Geney : Méthode d'interprétation et sources en droit privé (2e édition)

— : Science et Téchnique en droit privé positif

Gounot : Le principe de l'autonomie de la volonté (thèse, Dijon 1912)

Jouanneau (A) : Recueil des maximes et citations latines à l'usage du monde judiciaire (Paris 1924)

Marty (G.) : La distinction du fait et du droit

Maynau : Les fictions de contrats (1924)

Messina (Salvatore) : Traité de droit civil mixte

Pereau (E. H.) : Technique de la jurisprudence en droit privé

Plassard : Des ouvertures communes à cassation et à requête civile (thèse Paris 1924)

Rogerey : Du recours en cassation pour non application de la loi étrangère (1910)

Scheyven : Traité pratique des pourvois en cassation (2e edition 1885)

Sescioreano, (Georges M.) : Des conventions relatives à le preuve de la libération du débiteur (1920)

Simont (H.), : Des pourvois en cassation en matière civile (1933)

Talmond : Le pouvoir de contrôle de la cour de cassation sur L'interprétation et l'application des contrats (thèse Paris 1926)

Waline : La notion judiciaire de l'excès de pouvoir (thèse Paris 1926)

مَدخَلُ الكِتَابِ



بسم الله الرحمن الرحيم

الباب الاول

فى التعريف بوظيفة محكمة النقض والابرام

١ — وظيفة محكمة النقض والإبرام الأساسية فى النظامين الفرنسى والمصرى هى النظر فى الطعون التى ترفع إليها فى الأحكام الانتهائية بسبب مخالفتها للقانون أو خطئها فى تطبيقه أو فى تأويله . ومحكمة النقض — وهى تقوم بوظيفتها هذه — تحقق غرضين : (أولهما) تقويم ما يقع فى الأحكام من شذوذ فى تطبيق القانون وتقرير القواعد القانونية الصحيحة فيما يختلف فيه من المسائل وتثبيت القضاء بها ، (وثانيهما) رفع ما تلحقه الأحكام المخالفة للقانون من الأذى والضرر بالناس بتمكينهم من الطعن فيها رجاء إبطالها و إلغائها .

٢ — **الغرض الاول** : وقد أشار واضع القانون إلى الغرض الأول من هذين الغرضين بما ورد فى ديباجته من قوله : « ونظراً لما رؤى من ضرورة إنشاء محكمة نقض و إبرام تحقيقاً لحسن سير العدالة » . وفى الحق أن القانون مهما أحسن وضعه ، وعنى واضعه بالإحاطة بشتى صور المعاملات والوقائع لا يمكن أن يحيط فى واقع الأمر بكل تلك الصور ، وهى تقع مختلفة باختلاف مقتضياتها متغيرة متطورة إلى غير حد . ومتى كان القاضى ممنوعاً من الالتجاء إلى السلطة التشريعية لاستصدار القوانين التفسيرية كلما دعت الحال إلى تفسير أو استيضاح (كما كان

كذلك فى عهد القانون الفرنسى القديم على ما ستراه) ومتى كان القاضى مكلفاً بالاجتهاد فى تفسير القانون وتطبيقه ومتعيناً عليه الحكم فى الدعوى بقواعد العدل إذا لم يجد نصا أو وجده ورآه غير كاف أو رأى به إبهاماً (المادة ٢٩ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية والمادة ١١ من القانون المدنى المختلط والمواد ٤ و ٥ و ٦ من القانون المدنى الفرنسى) ، ومتى كانت مراتب القضاة فى الفهم عن القانون متفاوتة على قدر تفاوتهم فى العلم والخبرة — متى كان ذلك كله ، فالاختلاف فى القضاء فى المسألة القانونية الواحدة واقع لا محالة .

وإذا كان الأمر كذلك ، ولم يكن أضر بالمعاملات بين الأفراد ، ولا أدعى إلى وقوع الخلل والاضطراب فيها من أن يبدو القانون ناقصاً أو غامضاً ، وأن يكون مختلفاً فى تأويله وفى تطبيقه لا يعرف الناس الصواب من الخطأ فى فقهه ، وأن تبقى الأحكام الفقهية الفرعية مختلفاً عليها ومحلا للاجتهاد ، وأن تصر كل محكمة من المحاكم المتعددة المختلفة على اجتهادها الخاص — إذا كان الأمر كذلك فلا مناص من أن تشرف على تفسير القانون وتطبيقه محكمة عليا واحدة تكون لها الكلمة الأخيرة فى الأحكام ، تنقض ما فسد منها وتصلح ما يقع فيها من الأخطاء القانونية ، ويكون لآرائها من القوة والاعتبار ما يشبه قوة القانون واعتباره . هذه المحكمة العليا هى محكمة النقض تحكم فى الطعون التى ترفع إليها بالرأى الذى تقرره هى فى المسائل القانونية التى تثار أمامها . وهى فى ذلك وإن كانت لا تتصدى لوضع القواعد العامة بقصد تقييد سائر المحاكم بها ، ولا تتولى التشريع من طريق القضاء ، ولا تقضى إلا فى شأن الدعوى المعروضة عليها بالذات إلا أن آراءها تنزل عند المتقاضين ولدى المحاكم الأخر منزلة القانون فى الاعتبار . ذلك بأن محكمة النقض هى محكمة واحدة أفردت بالقضاء فيما يطعن به فى الأحكام الانتهائية بسبب الخطأ فى القانون . فهى إذا أبدت رأيها فى مسألة قانونية فى قضية من القضايا فإنما تبديه بعد طول أناة واستقصاء بحث . وقلما تعدل عنه إذا

أثيرت هذه المسألة القانونية من جديد فى قضية أخرى ، بل يكون الغالب فى أمرها أن تنقض كل حكم تراه مخالفاً لما رأته . و إذن فقد كتب لهذا الرأى أن تأخذ به المحاكم الأُخَرُ حتى لا تعرض أحكامها إلى النقض ، فيثبت عليه القضاء على اختلاف درجاته ، و يرتفع الخلاف فى المسألة القانونية التى فصل فيها هذا الرأى . و يساعد على هذا الاستقرار أن قضاة محكمة النقض قلما يعدلون عن قضاء سلفهم الثابت لشعورهم بخطورة الرجوع عن الأصول المقررة الجارية فى المعاملات . ولا أدل على ذلك من أن محكمة النقض الفرنسية — وهى تعمل منذ أكثر من قرن — لم ترجع فى قضائها الثابت إلا فى مسائل معدودة محصورة ، ولم يرجعها عنه فى الغالب إلا إصرار المحاكم على مخالفة رأيها ، أو اقتناعها هى بما وجه إلى قضائها من نقد ، أو شعورها بمقتضيات التطور التى تدعو الشارع نفسه أحياناً إلى تعديل ما سنه من القوانين .

٣ — *الغرض الثانى* : أما إبطال الأحكام المخالفة للقانون ورفع الضرر الذى تلحقه بمصالح المتقاضين ، باعتباره غرضاً تحققه محكمة النقض ، فيمكن القول فيه بأنه ليس غرضاً أصليا مقصوداً لذاته ، بل هو يأتى تابعاً للغرض الأول المتقدم ذكره . ذلك بأن الشارع قد حدد درجات التقاضى العادية التى رأى فيها ما يكفى لاطمئنان الناس إلى صيانة حقوقهم ، فإذا كان بعد ذلك قد سمح — فى حدود قانون محكمة النقض — لمن يشاء بأن يطعن على الحكم الصادر عليه بعد مرور القضية بأدوار التقاضى تلك فإنه لم يقصد بذلك إلا أن يجعل هذا الطعن وسيلة لتمكين المحكمة العليا من النظر فيما اختلف فيه من المسائل القانونية و إبداء الرأى الصحيح فيها والعمل على توحيد القضاء مراعاة للمصلحة العامة . وهو قد لجأ إلى هذه الوسيلة لأن من صدر عليه الحكم هو — بدافع مصلحته — الأجدر بتلمس أوجه الخطأ فيه والأحرص على التظلم منه .

ذلك ، ولعل الشارع قد رأى من جهة أخرى ألا يجعل عمل محكمة النقض

— وهى هيئة قضائية — مقصوراً على ما يشبه مجرد الافتاء فى المسائل القانونية المتنازع فيها دون أن يكون لرأيها أثر إيجابى فى مركز المتقاضين وحقوقهم ، فجعل لها أن تحكم لمصلحة الطاعنين بنقض الأحكام التى صح طعنهم عليها فتقيم بذلك العدل بين الأفراد وهى بسبيل تحقيق غرضها الأصلى من السهر على حسن سير العدالة فى مصلحة القانون ذاته ؛ وفى الواقع أنه ما دام من القواعد الأصلية المحمودة فى نظامنا القضائى أنه لا ينبغى عرض أى نزاع على أكثر من محكمتين ، محكمة ابتدائية ومحكمة استئنافية ، فإننا لا نستطيع أن نعلل على غير الأساس المتقدم ذكره كيف يسمح للمتقاضين من جهة بالطعن فى الأحكام النهائية بالخطأ فى القانون و بعرض نزاعهم هذا على درجة قضائية ثالثة ، وكيف يمنعون من جهة أخرى من الطعن فى الأحكام بالخطأ فى فهم الواقع فى الدعوى فى حين أن مصلحة المتقاضين فى نقض الأحكام المخالفة للقانون لا تعلو فى واقع الأمر على مصلحتهم فى نقض الأحكام المخطئة فى فهم الواقع فى الدعوى ، ومع أن احتمال وقوع الخطأ فى تحصيل هذا الفهم الواقعى لا يقل عن احتمال الخطأ فى المسائل القانونية .

٤ — ذلك وما قلناه من أن وظيفة محكمة النقض تقوم على أساس من المصلحة العامة ليس هو بالقول الجديد . فقديماً كان الغرض من ترتيب مجلس الملك فى عهده الأخير ، ومن إنشاء مجلس النقض بعده ، إنما هو التمكين للتشريع المركزى ، وتغليب القوانين الوضعية على العادات المحلية التى كانت تطبقها المحاكم فى مختلف أنحاء المملكة ؛ وذلك بنقض الأحكام المخالفة لهذا التشريع ولتلك القوانين رجاء توحيد القضاء بها فى جميع أنحاء الدولة .

وقد أومأ شارعنا إلى هذه المصلحة العامة حين أوجب اشتراك النيابة العامة فى تحضير القضايا أمام محكمة النقض المدنية ، وفى إبداء الرأى فيها فى الجلسة ؛ والمعروف أنه لا شأن للنيابة العامة إلا بما يكون له اتصال أو تعلق بالنظام العام أو المصالح العامة . فقد صدر الفصل الذى عقد للنيابة العمومية فى المذكرة

الإيضاحية بقوله : « لقد رؤى إيجاب سماع أقوال النيابة العمومية ، إذ لا شك فى أن حضورها أمام أعلى هيئة قضائية — متكلمة باسم القانون — يعد ضمانة جليلة القدر لاستيفاء بسط المسائل أمام تلك الهيئة . . . » إلى أن قال : « . . . قد بحثت وزارة الحقانية عما إذا كان يحسن أن يؤذن للنائب العمومى بالطعن أمام محكمة النقض فى أحكام محاكم الاستئناف إذا رأى أنه قد وقع فيها خطأ قانونى جسيم ولو لم يرفع أحد من الخصوم نقضاً عنها . . . » إلى أن قال : « ومع ما فى هذا النظام من الفائدة فإن الوزارة رأت أنه يحسن الآن ألا يثقل كاهل محكمة النقض بعمل يمكن القول بأنه نظرى ، وإذا رؤيت فى المستقبل ضرورة لذلك فمن السهل حينئذ إصدار قانون جديد يأذن للنيابة العمومية بالطعن أمام محكمة النقض لمصلحة القانون » .

٥ — على أنه ينبغى ألا يغيب عن الذكر أن محكمة النقض — أيا كانت الغاية التى قصدت من إنشائها ، وأيا كانت فى الأصل صفة المصالح التى تقوم على أساسها — هى هيئة قضائية عملها المباشر هو الحكم بين الأفراد فى منازعاتهم التى يعرضونها عليها ، تؤديه فى حدود وظيفتها القضائية ، وتتقيد فيه بكل القيود العامة التى يخضع لها القضاة فى أداء وظيفتهم . فهى من أجل ذلك لا تنظر من تلقاء نفسها فى حكم لم يطعن فيه أمامها المحكوم عليه ، ولا تقبل طعناً من غير ذى صفة ومصلحة ، أو بعد فوات ميعاد الطعن ، أو من غير مراعاة للإجراءات الشكلية والمواعيد الواجبة الاتباع . ولا تحكم فى غير ما يُطالب منها القضاء فيه ؛ فلا تنظر إلا فى الأسباب التى بنى عليها الطعن فى الحكم وبيّنها الطاعن فى تقرير الطعن . ولا تقبل من الطاعن التمسك بأسباب للنقض غير التى فصلها فى التقرير . ولا تقبل من الخصوم إبداء أسباب شفوية فى جلسة المرافعة غير التى أدلوا بها فى مذكراتهم الكتابية ، ولا تتولى بنفسها مراجعة ملف الدعوى المحكوم فيها ، وإنما تقضى على واقع المستندات والمذكرات المقدمة إليها من الخصوم أنفسهم .

٦ — هذا ، ويتميز الطعن بطريق النقض بطبيعته عن الطعن بالاستئناف . فالاستئناف جائز لكل خصم يتضرر من حكم صادر من محكمة من محاكم الدرجة الأولى ، وله مصلحة فى تعديله أو إلغائه . ولا يجب لقبوله أن تكون له أوجه معينة ؛ بل يكفى لجوازه أن يكون لرافعه أية ظلامة من الحكم المستأنف ، ثم إنه باستئنافه ينقل القضية برمتها إلى محكمة الدرجة الثانية ، فيكون له أمامها أن يعيد الدعوى بجميع تفاصيلها ومسائلها الواقعية والقانونية المختلف عليها ، وأن يدعى خطأ الحكم المستأنف فى كل هذه المسائل أو بعضها ؛ ثم إذا بحث مسألة قانونية أمامها بحثها بما لابسها من ظروف وأحوال . ويكون لمحكمة الاستئناف ، فى حدود الاستئناف المرفوع ، بحث جميع ما تنازع فيه الخصوم من مختلف المسائل ، والنظر فى صواب الحكم المستأنف وخطئه من جميع نواحيه لتحكم بتأييده أو بتعديله ، أو بإلغائه ، أو برفض الدعوى ، أو بطلبات المدعى كلها ، أو بعضها على حسب الأحوال .

أما الطعن بطريق النقض فليس كالاستئناف طعناً عاديا ، ولا درجة من درجات التقاضى تنتقل به القضية أمام محكمة النقض انتقال القضية المستأنفة أمام محكمة الاستئناف ؛ بل هو طعن لم يجوزه القانون فى بعض الأحكام الانتهائية إلا فى أحوال بيّنها القانون بيان حصر . وهى ترجع كلها — على ما ستراه — إما إلى مخالفة القانون ، أو الخطأ فى تطبيقه أو فى تأويله ، وإما إلى وقوع بطلان جوهرى فى الحكم أو فى الإجراءات مؤثر فى الحكم . ومحكمة النقض ، وهى تنظر فى وجوه الطعن المبينة فى التقرير ، لا تبحث مطلقاً إلا فيما تعلقت به هذه الوجوه من المسائل القانونية ، ولا تبحث فيما إذا كان أى الخصمين هو الذى أثبت دعواه أو دفعه فصار هو الأحق بأن يقضى له فى موضوع الدعوى على مثل ما تقضى به محكمة الاستئناف رفضاً للطعن وتأييداً للحكم المطعون فيه ، أو قبولاً للطعن وإلغاء لهذا الحكم ؛ بل هى إنما تبحث فيما إذا كانت القاعدة القانونية التى أُخذ بها فى

الدعوى أو فى إجراءاتها هى القاعدة التى كان يجب الأخذ بها فيها وفى أمثالها من الدعاوى التى تكون مراكز الخصوم فيها كمراكزهم فى تلك الدعوى أيا كانت خصوصياتها ومميزاتها ، كما تبحث فيما إذا كان الحكم المطعون فيه قد أخطأ فى فهم هذه القاعدة القانونية ، أو فى تطبيقها على وقائع الدعوى أو لم يخطئ . وكذلك تبحث فيما إذا كانت القواعد الشكلية التى أوجب القانون اتباعها فى الحكم وفى الاجراءات قد روعيت أو لم تراع ، لتحكم بعد ذلك إما برفض الطعن و إما بقبوله ونقض الحكم و إحالة الدعوى إلى المحكمة التى أصدرته فيه لتحكم فيها دائرة أخرى من جديد .

و يترتب على عدم جواز الطعن أمام محكمة النقض إلا بسبب مخالفة القانون أو الخطأ فى تطبيقه أو فى تأويله أو بسبب وقوع بطلان جوهرى فى الحكم أو فى الاجراءات ، عدم قبول الطعون المبنية على ادعاء الخطأ فى مسألة من مسائل الدعوى الواقعية ، وعدم جواز تعرض محكمة النقض لبحث هذه المسائل وتقديرها . ومعنى هذا أن محكمة النقض ينبغى لها أن تفترض صحة ما أثبته الحكم المطعون فيه من وقائع الدعوى ، وألا تنظر إليه إلا من الناحية القانونية . فلهذه المحكمة مثلاً أن تنقض الحكم الذى يكون قد بنى على شهادة الشهود متى كان مبنى الطعن عدم جواز الإثبات بالبينة قانوناً ورأت هى صحة هذا الوجه . ولكن لا يكون لها أن تنقضه لخطئه فى تقدير أقوال الشهود إذا كان القانون يجيز الإثبات بالبينة فى صورة الدعوى . و بالجملة ليس لمحكمة النقض رقابة مّا على ما تكون لقاضى الدعوى فيه السلطة التامة من نحو تحصيل فهم الواقع فيها من الأدلة المقدمة له تقديماً صحيحًا ، ومن نحو الأخذ فى تفسير العقود والمستندات بما هو أوفى بمقصود العاقدين أو الملتزم منهما مما سنبسط الكلام فيه عند تحديد المعنى المقصود من مخالفة القانون أو الخطأ فى تطبيقه أو فى تأويله .

٧ — ويترتب على عدم اعتبار محكمة النقض والإبرام درجة ثالثة للتقاضى فى موضوع الدعوى أنها إذا نقضت حكما لخطأ فى القانون امتنع عليها كقاعدة عامة أن تتولى بنفسها الفصل فى موضوع الدعوى وتعين عليها إعادة الدعوى إلى محكمتها للفصل فيها من جديد إلا فى أحوال مستثناة معينـة يكون فيها لمحكمة النقض حسم النزاع برمته على ما تراه مفصلاً .

الباب الثانى

تاريخ نظام النقض فى مصر وفى فرنسا

١ – فى مصر

٨ – لا يتصل ترتيب محكمة النقض المصرية وإنشاؤها فى سنة ١٩٣١ بأى نظام آخر من النظم القضائية المتقدمة على إنشاء المحاكم الأهلية[١] . فليس بينها وبين مجلس الأحكام نسب أو سبب ، لأن هذا المجلس كان فى الواقع محكمة استئناف عليا للمجالس الاستئناف التى كانت بالأقاليم ، ولذلك كان يكفى أن يرى

(١) عرف الفقه الإسلامى فكرة نقض الأحكام المخالفة للشرع قبل أن تعرفها البلاد الأوربية بعدة قرون ؛ فقد تكلم الكاسانى المتوفى سنة ٥٨٧ هجرية فى كتابه « البدائع » على المواضع التى ينقض فيها الحكم ، راوياً عمن سبقه من متقدمى الفقهاء . غير أن الملوك والسلاطين والأمراء لم يسندوا ولاية نقض الأحكام الباطلة إلى جهة معينة مستديمة قائمة بنفسها ، يرجع إليها المتقاضون فى طعونهم بنظام مخصوص وفى وقت معلوم ، ويكون من ولايتها نقض الأحكام الباطلة على ما يقرب أو يشبه نظام محكمة النقض الحالى . وقد جاء فى « معين الحكام » أن حكم الحاكم ينقض فى أربعة مواضع : إذا وقع على خلاف الإجماع ، أو القواعد ، أو النص الجلى ، أو القياس ؛ ومثل لمخالفة الحكم للإجماع بما لو حكم بأن الميراث كله للأخ دون الجد ، لأن الأمة على قولين ، هما : أن المال كله للجد أو أنه يقاسم الأخ ، أما حرمان الجد مطلقاً فلم يقل به أحد . ومثل لمخالفة القواعد بما لو حكم حاكم بتقرير النكاح فى قول من قال : « إن وقع عليك طلاقى فأنت طالق قبله ثلاثاً ، فطلقها ثلاثاً أو أقل » . فالصحيح عندهم لزوم الطلاق الثلاث ، لأن من قواعدهم صحة اجتماع الشرط مع المشروط ، وهذه المسألة تعرف عندهم بالمسألة السريجية . قال : « والموضعان الآخران لا يحتاج إلى تمثيل فيهما » . وإذا عرفت أن أدلة الأحكام أى أصولها هى الكتاب والسنة والإجماع والقياس وتأملت فى هذه المواضع الأربعة رأيت أنها لا تخرج عن مخالفة أحكام الشرع أو الخطأ فى تطبيقه أو فى تأويله . والظاهر فى كتب الفقه أن ولاية نقض الأحكام كانت لنفس القاضى ، ولقاضى القضاة ولوالى المظالم (معين الحكام ص ٢٨ و ٢٩ و ٣١ و ٣٢ ، وكتاب الأحكام السلطانية فى توقيعات الناظر فى المظالم ص ٨٠ و ٨١ و ٨٢ ، وفى نهاية الأرب السفر السابع ص ٢٨٧ وما بعدها فى ذكر توقيعات متولى المظالم وما يترتب عليها من الأحكام) .

أى خصم أن الحكم الصادر من أحد هذه المجالس ليس فى محله من الصواب لأى سبب من الأسباب ، ليرفع شكايته إلى مجلس الأحكام ، فيعيد المجلس النظر فى الدعوى باحثاً ما فيها من وجوه الدفاع ، سواء أكانت متعلقة بفهم الواقع فيها وتقديره أم كانت متعلقة بفهم حكم القانون فى هذا الواقع ، وسواء أكانت هذه الوجوه مما قدمه الخصوم أنفسهم للمجلس ، أم كان هو الذى تعرض لها من تلقاء نفسه لقيامها فى الدعوى .

٩ — ولما استطاب المشرع إدخال النظم القضائية الأوربية فى مصر ، وأنشأ المحاكم الأهلية خلقاً جديداً ، وأصدر القوانين الأهلية ، أخذ عن القانون الفرنسى والبلچيكى نظام النقض ، ولكنه قصره على الأحكام الجنائية . فنص فى المادة ٢١ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية على « أن المحاكم الاستئنافية تحكم بهيئة جمعية عمومية بصفة محكمة نقض وإبرام فى المسائل التى ترفع لها بمقتضى قانون تحقيق الجنايات بشأن استيفاء الأصول المقررة أو مخالفة القانون . . . » ونص فى المادة ٢٢٠ من قانون تحقيق الجنايات على « جواز الطعن فى الأحكام الصادرة من محكمة الاستئناف فى مواد الجنايات أمام الجمعية العمومية بالمحكمة المذكورة فى حال انعقادها بهيئة محكمة نقض وإبرام فى الأحوال الثلاثة الآتية :
(أولاً) إذا كانت الواقعة الثابتة فى الحكم لم يعاقب عليها القانون .
(ثانياً) إذا حصل خطأ فى تطبيق القانون على الواقعة كما صار إثباتها فى الحكم .
(ثالثاً) إذا وجد وجه من الأوجه المهمة لبطلان الإجراءات أو الحكم » .

وفى ٩ يوليه سنة ١٨٩١ عدلت الفقرة الأولى من المادة ٢٢٠ من قانون تحقيق الجنايات بما « يجيز الطعن فى الأحكام الصادرة فى ثانى درجة سواء أكانت من المحاكم الابتدائية فى مواد الجنح ، أم من محكمة الاستئناف فى مواد الجنايات والجنح . ويقدّم الطعن إلى محكمة الاستئناف المذكورة منعقدة

بهيئة محكمة نقض و إبرام ، كما تدوّن فى المادة ٢١ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية » .

وفى ٥ يوليه سنة ١٨٩٨ عدّلت المادة ٢١ من لائحة الترتيب فألغيت عبارة « جمعية عمومية » . ثم ألغيت هذه المادة مع المواد ١٨ و ١٩ و ٢٠ بالقانون رقم ٥ بتاريخ ١٤ فبراير سنة ١٩٠٤ واستعيض عنها بالمادة ١٧ التى نصها :— « قواعد اختصاص المحاكم تعين فى قانون المرافعات وتحقيق الجنايات » . ونص فى المادة ٢٢٩ من قانون تحقيق الجنايات الجديد على جواز الطعن أمام « محكمة استئناف مصر بهيئة محكمة نقض و إبرام فى أحكام آخر درجة الصادرة فى مواد الجنايات أو الجنح وعلى عدم جواز هذا الطعن إلاّ فى الأحوال الثلاثة الآتيـة : — (الأولى) إذا كان القانون لا يعاقب على الواقعة الثابتة فى الحكم . (الثانية) إذا حصل خطأ فى تطبيق نصوص القانون على الواقعة كما صار إثباتها فى الحكم . (الثالثة) إذا وجد وجه من الأوجه المهمة لبطلان الاجراءات أو الحكم » .

١٠ — ولم تكن محكمة النقض التى أشارت إليها لائحة ترتيب المحاكم وقانون تحقيق الجنايات إلاّ دائرة منتزعة مؤقتا من دوائر محكمة استئناف مصر تتألف من خمسة قضاة يجلسون فى مرات غير دورية للنظر فى الطعون الجنائيـة التى تقدّمها النيابة العمومية إليهم ، وكانت الجمعية العمومية لتلك المحكمة هى التى تختارهم كل سـنة ، وكان القانون يجيز مع ذلك — تسهيلاً لتأليف هذه الدائرة — انضمام أحد القضاة الذين سبقت لهم المشاركة فى الحكم المطعون فيه لتلك الهيئة (المادة ١٠ من اللائحة المعدّلة بقانون رقم ٥ لسنة ١٩٠٤) . وقد قامت هذه المحكمة بواجبها على الرغم مما كان يعرض لقضاتها من التغيير والنقل والإبدال ، وما ترتب على ذلك من اضطراب القضاء وتناقض الأحكام فى المسألة الواحدة ، مما انكشف الأمر عنه بعد زمن قصير من إنشاء المحاكم الأهلية ، فنبه عليه المستشار الفقيه «دوهلس» فى كتابه الذى وضعه بعنوان : « الطعن فى الأحكام بطريق النقض فى القضاء

المصرى » وهو ما ترجمه الأستاذ عزيز بك خانكى المحامى بما نصه : « فما دامت هيئة محكمة النقض والإبرام معرضة فى كل سنة للتعـــديل والتغيير والنقل والإبدال ، فلا يمكن أن يثبت لهـا قضاء ويوقف لها على رأى ثابت أو مبدأ معلوم . وهذا عيب كبير فى نظام القضاء لا يزول إلا إذا أنشئت محكمة نقض وإبرام ثابتـــة ، مستقلة بنفسها ، قائمة بذاتها ، مستديمة الهيئة ، لا تستمد وجودها من محكمة سواها . . . . فإذا لم توجد سلطة قضائية مستديمة الهيئة لحل هذه المسألة بقى الخلاف قائماً إلى الأبد ، وبقى قاضى الموضوع فى نفس الحيرة التى كان فيها من قبل » .

١١ — هكذا كان نظام النقض فى المواد الجنائية ، أما الأحكام المدنية والتجارية فلم يكن الطعن فيها بالنقض معروفاً قبـــل صدور المرسوم بقانون بإنشاء محكمة النقض فى ٢ مايو سنة ١٩٣١ .

ولقد كان هذا النقص من أظهر عيوب نظام القضاء الأهلى ، وأخذ الشعور به يزداد تدريجاً بتقدم فقه القانون فى مصر وبازدياد عدد المحاكم وعدد الأحكام وتنوع موضوعاتها وتضاعف العمل فى محكمة استئناف مصر ووقوع الخلاف فى تطبيق القانون وتأويله بين بعض هذه المحاكم وبين البعض الآخر ، بل بين دوائر محكمة الاستئناف نفسها . فلما ارتفع صوت الأمة بضرورة تدبير علاج ناجع يجمع كلمة القضاء فى المسائل القانونية المختلف فيها على قول واحد ، رأى الشارع معالجة هذا النقص فأخذ عن القانون المختلط (المـادة ٤١٦ مكررة من قانون المرافعات) نظام الدوائر المجتمعة بمحكمة الاســتئناف ، فأضاف إلى قانون المرافعات الأهلى المادة ٣٧١ المـكررة التى نصها : « كلما رأت دائرة من دوائر محكمة استئناف مصر عند النظر فى إحدى القضايا أن النقطة القانونيـــة المقتضى البت فيها سبق صدور جملة أحكام استئنافية بشأنهـا يخالف بعضها البعض الآخر ، جاز لها أن تأمر بتجديد المرافعة فى الدعوى وإحالتها على دوائر محكمة الاستئناف

مجتمعة وتكون من عدد فردى من المستشارين لا يقل عن خمسة عشر » .

١٢ — على أن هـذا النظام — مهما كانت فوائده — ما كان ليفى بكل الأغراض التى يحققها نظام النقض فى القضايا المدنية : (أولاً) لأن إحالة الدعوى على الدوائر المجتمعة لرفع الخلاف فى المسألة القانونية المطلوب البت فيها ، كان أمراً جوازياً للدائرة التى كانت تعرض عليها القضية . ومتى جاز لهذه الدائرة أن تحيل أو ألا تحيــل ، فإنها قد تقضى فى المسألة برأيها ، وقد يكون رأياً جديداً يتسع به الخلاف . (ثانياً) لأنه ما دام يشترط لجواز عرض القضية على الدوائر المجتمعة سبق صدور أحكام مختلفة فى المسألة القانونيــة الواحدة ، أو سبق تقرير أحكام متعدّدة لقاعدة قانونية مّا ، ورغبة الدائرة المعروضة عليها القضية فى العدول عن هذه القاعدة ، فإن الالتجاء إلى هيئة الدوائر المجتمعة لتقرير القاعدة الصحيحة الواجب تطبيقها فى القضية المحالة إليها والتى يرجى الأخذ بها فيما يعرض من القضايا المماثلة على المحاكم فيما بعد ، لا يقوم اعوجاج الأحكام السابقة ، فتبقى على ما فيها من خطأ منقطعة السبيل إلى الإصلاح والتقويم . (ثالثاً) لأن القاعدة التى تقررها الدوائر المجتمعة فى القضية المحالة إليها — مهما كان لها من قيمة أدبية — ليس لها من القوة ما يضمن لها وجوب الاتباع ودوام الاحترام أمام المحاكم الأخر ، فلو خالفتها أية محكمة فلا تكون ثمة وسيلة لإصلاح حكمها ولا إلى ردّها إلى وجه الصواب فيــه . (رابعاً) لأن العمل بنظام الدوائر المجتمعة كان غير ميسور فى محكمة استئناف أسيوط بعد إنشائها فى ســنة ١٩٢٧ إذ لم يبلغ عدد مستشاريها خمسة عشر . ولم يكن مقطوعاً بأنها تتقيد بآراء دوائر محكمة استئناف مصر المجتمعة ، بل كان من الجائز أن يقع الخلاف بين قضائها وقضاء محكمة استئناف مصر وأن يبقى هذا الخلاف ولا علاج له .

وإذا كان الشارع قد تلافى بنظام الدوائر المجتمعة بعض ما كان يقع من الخطأ فى المسائل القانونيــة — كما رأيت — فقد كان هذا النظام — كما وصفه

رئيس محكمة النقض فى كلمته التى افتتح بها جلسة الدائرة المدنية الأولى فى ٥ نوفمبر سنة ١٩٣١ « نظاماً قاصراً جداً ، لا يتعرض للأحكام النهائية بشىء ولا يمسها أدنى مساس ، بل كان مقصوراً على ناحية من نواحى التقويم والإرشاد فى المبادئ القانونية دون أن يصلح من الأحكام ذاتها »[١] .

١٣ — ولقد استشعر الشارع نفسه قصور هذا النظام ، وتشوف إلى إيجاد نظام النقض والإبرام الكامل حينما أصدر الدستور فى سنة ١٩٢٣ . فقد نص فى المادة ٦٧ من ذلك الدستور ، على أن يدخل فى تأليف المجلس المخصوص المختص بمحاكمة الوزراء « رئيس المحكمة الأهلية العليا » . وذكر فى المادة ٦٦ من قانون الانتخاب الصادر فى نفس السنة أن مستشارى محكمة الاستئناف أو أية هيئة قضائية مساوية لها « أو أعلى منها » يكونون ممن تتوفر فيهم شروط العضوية بمجلس الشيوخ . ثم قوى هذا الشعور فأصبح رغبة من أصدق رغبات الحكومة المصرية . فكرت فيه أكثر من مرة ووعدت وزارتان بإنشاء محكمة النقض ، وسجلتا وعديهما فى خطاب العرش لدورين من أدوار انعقاد البرلمان[٢] .

١٤ — وأخيراً أصدر المرسوم بقانون رقم ٦٨ سنة ١٩٣١ فى ٢ مايو سنة ١٩٣١ بإنشاء محكمة النقض والإبرام ، وأصدر فى نفس اليوم المرسوم بقانون رقم ٦٩ سنة ١٩٣١ بتعديل بعض مواد لائحة الإجراءات الداخلية للمحاكم الأهلية ، والمرسوم بقانون رقم ٧٠ بتعديل لائحة المحاماة أمام المحاكم الأهلية ، والمرسوم بقانون رقم ٧١ بتعديل المادتين ٣١٢ ، ٣٢١ من قانون المرافعات الأهلى . وقد أصدرت هذه المراسيم بقوانين فى فترة حل البرلمان بمقتضى ما كان لجلالة الملك ووزرائه من حق مباشرة سلطة التشريع طبقاً للمادة ٣ من الأمر

(١) راجع مقالنا فى محكمة النقض المصرية ص ٦٤ و ٦٥ سنة ٢ مجلة القانون والاقتصاد ، وقد نشر محضر هذه الجلسة التاريخية فى نسخة الأهرام الصادرة فى ٦ نوفمبر سنة ١٩٣١ .

(٢) خطاب العرش الذى افتتح به دور الانعقاد الخامس فى ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٧ ، وخطاب العرش الذى افتتح به دور الانعقاد السادس فى ١١ يناير سنة ١٩٣٠ .

الملكى الصادر فى ٢٢ اكتوبر سنة ١٩٣٠ بوضع النظام الدستورى الجديد للدولة المصرية ؛ ثم عرضت هـذه القوانين على مجلس البرلمـان فى دور انعقاده الأول (السابع باعتبار أدوار المجالس السابقة) عملاً بالمـادة (٥) من الأمر السابق الذكر ، فاستكملت بذلك قوتها .

وقد جاء فى خطاب العرش الذى افتتح به البرلمـان دور انعقاده فى ٢٠ يوليه سـنة ١٩٣١ ما نصه : «وكذلك أنشئت محكمة النقض والإبرام فسدّ بذلك نقص فى النظام القضائى كانت الحاجة ماسة إلى سـدّه ، وفيما يترتب على إنشائها وتمحيص المسائل القانونية الخير العظيم للقضاء . »

وقد اسـتجد بإنشاء محكمة النقض والإبرام أمران : أولهما فتح باب الطعن بالنقض فى المواد المدنية ، وكان فيما قبل غير معروف فى القضاء الأهلى ؛ وثانيهما وجود محكمة مسـتقلة بذاتها هى أعلى من محكمة الاستئناف ، بحيث يؤول إليهـا ما كان لمحـكمة استئناف مصر من اختصاص بنظر الطعون فى المواد الجنائية وما كان لهـا من اختصاصات أُخَر باعتبارها المحـكمة العليا فى النظام السابق . وقد استغنى بمحكمة النقض عن نظام الدوائر المجتمعة ، فنصت المـادة ٣٣ من قانون إنشاء هذه المحـكمة على إلغاء المـادة ٣٧١ من قانون المرافعات[1] .

---

(١) وقد أدخل قانون إنشاء محكمة النقض تعديلاً يسيراً فى الطعن الجنائى حيث أضاف إلى نص المـادة ٢٢٩ من قانون تحقيق الجنايات ، فقرة جديدة تجيز للمتهم أن يرفع نقضاً عن الأحكام الصادرة فى الاختصاص دون انتظار صدور الحـكم فى الموضوع متى كان الدفع به مبنياً على عدم ولاية المحاكم الأهلية فقط . وذلك لأن قضاء محكمة النقض قد كان جارياً على أن الطعن بطريق النقض لا يصح رفعه عن الحـكم الصادر فى الاختصاص إلا إذا رفع فى الوقت ذاته عن الحـكم الصادر فى الموضوع ، فرؤى أن يكون من الأوفق إجازة رفع طعن مستقل فى هذه الحالة وأن يجعل موقفاً للاجراءات كيلا تحكم محكمة غير مختصة أصلاً بعقاب جنائى ينفذ قبل أن تفصل محكمة النقض فى أمر الاختصاص . كذلك أدخل نظام فرض كفالة تودع عند رفع النقض عن الأحكام الصادرة بالغرامة وفى الدعاوى المدنية التابعة للدعاوى الجنائية وأجاز الحـكم بمصادرتها إذا لم يقبل الطعن أو حكم برفضه .

ب — فى فرنسا

١٥ — وضع الشارع المصرى نظام الطعن بطريق النقض على مثال النظام الفرنسى ، وفصل أحكامه فى قانون مايو سنة **١٩٣١** بعد أن استخبر كنهه وجوّل ما شاء فيما كتبه الفقهاء الفرنسيون ، وقضت به محكمة النقض الفرنسية ؛ فأخرجه على صورة سوية لما بلغه النظام الفرنسى من التطور والرقى فى العصر الحاضر ، فصار النظام المصرى متصل النسب بالنظام الفرنسى . ولهذا النسب قد رأينا أن نقدم لقرائنا — فى صدر كتابنا هذا — تاريخاً مختصراً للنظام الفرنسى نبصرهم به كيف نشأت فكرة الطعن فى الأحكام بطريق النقض ، وكيف تدرجت وظهرت أحوال الطعن المعروفة الآن ، ولمن كانت ولاية نقض الأحكام إلى حين إنشاء محكمة النقض ، وكيف سارت هذه المحكمة فى حدود لائحة إنشائها ، وكيف أبطأت ولا تزال تبطئ فى الخروج عن هذه الحدود الضيقة بما تعالجه من طرق التفسير فنقول :

١٦ — *عهد القانون القديم* : لعل أصدق ما قيل فى تاريخ ظهور الطعن فى الأحكام بطريق النقض فى فرنسا ، أن الفكرة فى هذا النوع من الطعون فى الأحكام الانتهائية لم تظهر للنظر الفقهى إلا منذ القرن الرابع عشر ، حين أدرك الفقهاء إمكان القول بتولى الملك إقامة العدل بنفسه اعتباراً بما استبقاه بين يديه من ولاية الحكم بين رعيته ، بعد الذى وزّعه من هذه الولاية على من اختارهم من القضاة والحكام ليحكموا باسمه بين الناس ، وحين وضعوا بقولهم هذا نظريتهم التى أطلقوا عليها اسمها المشهور فى الفقه الفرنسى : (La théorie de la justice retenue)

ومحصل هذه النظرية أن الملك هو ولى الأمر كله ، وصاحب ولاية القضاء والحكم كلها ، وأنه — مع انصرافه من عهد بعيد فى التاريخ عن تولى القضاء

بنفسه بين رعيته اكتفاء بمن ولاّهم الحكم والقضاء ، لم يتخل فى واقع الأمر عن ولاية القضاء كلها لهؤلاء ؛ بل استبقى لنفسه ما يسيغ له التدخل فى أعمال الولاة والقضاة بما كان يصدره من التوقيعات[١] على ما كان يرفع له من الشكاوى والمظالم ، إما بوقف إجراءات المرافعة فى بعض القضايا القائمة أمام المحاكم أو بتعديل السير فيها ، و إما بانتزاعها و إحالتها إلى مجلسه الخاص ليفصل فيها هذا المجلس باسمه مباشرة[٢] .

وتدخل الملك فى هذه الشؤون بإصدار تلك التوقيعات و إن كان لا يصح اعتباره فى ذاته مبدأ ظهور تولى الملك بنفسه نقض الأحكام الباطلة أو المخالفة للقانون ، إلا أن ثقات المؤرخين قد ذهبوا إلى أن فكرة نقض الأحكام نشأت عن هذا التدخل بعد تأصيله وتقريره فى النظر الفقهى . ذلك بأن تعدد البرلمانات (المحاكم العليا) فى الأقاليم فى القرن الخامس عشر وتمتع كل منها بسلطة مساوية لغيره ، ووقوع النزاع بين بعضها و بعض فى الاختصاص ، وصدور حكمين متناقضين فى القضية الواحدة من برلمان واحد أو من برلمانين ، ورد جميع قضاة البرلمان الواحد المختص بنظر الدعوى — كل ذلك كان من شأنه أن يضطر المتقاضين إلى اللجوء إلى الملك ليصدر توقيعاته إلى مجلسه الخاص بتعيين البرلمان المختص (par un règlement de juges) أو بنقض أحد الحكمين المتناقضين ، أو بانتزاع القضية من قضاتها المختصين بها الذين صار ردّهم ، و إحالتها إلى ذلك المجلس ليحكم فيها .

من هنا ظهر مبدأ التشكى فى الأحكام وفى القضاة للملك صاحب السلطة

---

(١) راجع فى شرحها « إسمن » فى كتابه « تاريخ القانون الفرنسى » ص ٤٨٤ وما بعدها (الطبعة الحادية عشرة سنة ١٩١٢ ، وص ٤٢١ من طبعة سنة ١٩٢٥) .

(٢) ومن هذه التوقيعات توقيع الملك بالعفو عن العقوبة أو عن الجريمة (lettre d'am-nistie, de grâce) . وإمهال المحكوم عليه بالدفع لحين ميسرته (lettre de repit) وبحبس من يتوقع منه خطر على الدولة أو على ذات الملك (lettre de Cachet) . (دلاجراسرى ص ٥ و ٦ من مؤلفه : وظيفة محكمة النقض فى القانون المقارن) .

القضائية العليا فى الدولة ، ثم نظم التشكى المبنى على التنازع فى الاختصاص بالأمر الملكى الصادر فى يوليه سنة ١٤٩٣ ، ثم بالأمر الملكى الصادر فى أغسطس سنة ١٦٦٩ . وكذلك نظم الطعن المبنى على تناقض الحكمين بالإرادة الملكية الصادرة فى مارس سنة ١٥٤٥ ، وبالأمر الملكى المعروف بأمر أورليان الصادر فى سنة ١٥٦٠ ، ثم بالأمر الملكى الصادر فى سنة ١٦٢٩ ، ثم بالأمر الملكى الصادر فى سنة ١٦٦٧ . وهو الذى فرق بين تناقض الحكمين الصادرين من برلمان واحد ، وتناقض الحكمين الصادرين من برلمانين مختلفين ؛ فكان للخصم فى الصورة الأولى أن يطلب نقض الحكم من البرلمان الذى أصدر الحكمين بطريق الادعاء بالخطأ فى واقع الدعوى[1] (par voie de la proposition d'erreur) أو بطريق الالتماس (المادة ٣٨ من الأمر الملكى الصادر فى سنة ١٦٢٩) ، وكان عليه فى الصورة الثانية أن يرفع الأمر إلى المجلس العالى (Le Grand Conseil) بطريق الادعاء بالخطأ فى واقع الدعوى (المادة ٣٤ من الباب الخامس والثلاثين من الأمر الملكى الصادر فى سنة ١٦٦٧)[2] . أما رد جميع قضاة البرلمان الواحد لمنعه من نظر الدعوى المختص هو بها فقد كان يستوجب لذاته وقف الفصل فيها حتى يصدر الملك حكمه فى الرد . لكنه كثيراً ما كان يتصدى للفصل فى موضوع الدعوى . فإن رأى البرلمان عدم جدية الرد وفصل فى الدعوى كان للملك عند فصله فى الرد أن ينقض الحكم الذى فصل فى الدعوى ويقضى هو فيها قضاء جديداً[3] .

ثم كان للملك فى تلك الأيام توقيعات أخر (Lettres de chancelerie) ،

---

(١) كان يراد بخطأ الحكم فى واقع الدعوى (erreurs de fait) الخطأ المترتب على جهل القاضى أو على جوره (جارسونيه جـ ٦ فقرة ٣٣٧ ص ٥٩٥) ، وكان للمشتكى من غش الخصوم أو من وكلائهم طعن آخر هو طريق التماس إعادة النظر ، ولذلك كانت التوقيعات الخاصة به تسمى : (Lettres en formes de requête civile)

(٢) مارتى ص ٣٩ هامش ١ و ٢ .

(٣) مارتى ص ٤٠ هامش ١ .

منها ما كان بوقف السير فى الدعوى لغياب بعض خصومها فى أداء مهمة من مهمات الدولة خارج فرنسا (Lettres d' Etat) ، ومنها ما كان بانتزاع القضية من البرلمان المختص بها ليحكم فيها الملك بنفسه (Lettres d'évocation) ، ومنها ما كان لتمييز بعض كبار الموظفين بإخراج قضاياهم من ولاية المحاكم العادية وإعطاء الاختصاص فيها لمجلس سام (Lettres de Committimus)

فاذا عصى البرلمان أمر الملك الصادر إليه فى هذه الشؤون ، ومضى فى نظر الدعوى وفصل فيها ، كان جزاؤه أن ينقض الملك الحكم المخالف لأمره . وبهذا ظهر فى الوجود أصل حق الملك فى نقض الحكم المخالف لأمره الخاص الصادر للبرلمان بصدد قضية خاصة أو ذات معينة من ذوات الدولة[١] .

١٧ — ولما ابتدأ الملوك فى التقنين فى القرن السادس عشر أخذوا يحرصون فيما كانوا يصدرونه من أوامرهم على النص على بطلان الأحكام التى تقع مخالفة لتلك الأوامر أو نقضها (المادة ٣٠ من الأمر الصادر فى يناير سنة ١٥٦٣ ، والمادة ٦٨ من الأمر الصادر فى فبراير سنة ١٥٦٦)[٢] . ثم عمم هذا الجزاء فى الأمر المشهور باسم امر دى بلو (Ordannance de Blois) الصادر فى مايو سنة ١٥٧٩ ، فقد نصت المادة ٢٠٨ منه على بطلان الأحكام التى يخالف فيها القضاة الأوامر الملكية مهما كانت علة عدم الأخذ بها[٣] ، ثم كرر هذا النص فى الإرادة السنية المدونة بإرادة روان (L'Edit de Rouen) الصادرة فى سنة ١٥٩٧[٤] ، وفى الأمر الملكى الصادر فى يناير سنة ١٦٢٩ ، وأخيراً فى الأمر الملكى الصادر فى سنة ١٦٦٧ (المادة الثامنة من الباب الأول منه)[٥] . ومن ينعم النظر فى هذه الأوامر الملكية التى لم تكن تحتوى إلا ما أمرت باتباعه من قواعد

(١) مارتى ص ٤١ هامش ١ . (٢) مارتى ص ٤٢ هامش ١ و ٢ .
(٣) راجع نص هذه المادة فى فوستان هيلى ص ٣٤٥ جـ ٨ .
(٤) راجع نص المادة ١٨ من هذا الأمر فى فوستان هيلى ص ٣٤٥ جـ ٨ .
(٥) ونص هذه المادة عن مارتى ص ٤٢ هو : =

الإجراءات والمرافعات أمام جهات القضاء المختلفة ، يخرج بفكرتين أساسيتين تتميز بهما حال النقض المعروف فى ذلك العهد القديم عن النقض الحالى المعروف الآن . أولاهما أن النقض القديم كان جزاءً على مخالفة تلك القواعد الشكلية المبينة بهذه الأوامر الملكية فحسب (إذ الملوك لم يكونوا لهذا العهد قد اشتغلو بالتقنين فى القانون الخاص بأحكام المعاملات) ، والثانية أن الملك كان هو الذى يتولى توقيع هذا الجزاء على اعتبار أنه صاحب السلطة التشريعية التامة وأن من حقه — استكمالاً لهذه السلطة — أن يوجب على القضاة احترام جميع ما يصدره من القوانين والأوامر ، وأن يجازيهم على ما يصدرونه من أحكامهم المخالفة لتلك القوانين . ولهذا كان الأشكال بهذا النظام الخاص أن يعد من نظم الحكم السياسية ، لا من النظم القضائية كما هو معدود الآن[1] .

١٨ — على أن ظهور فكرة أن الملك هو صاحب الحق فى نقض الأحكام المخالفة لأوامره ، وأنه يتولى نقضها من تلقاء نفسه ، ما كان ليمنع خصوم الدعاوى من تبليغه هذه المخالفات ليقوم هو بنقض المعوج من الأحكام . لكن هذا التبليغ بقى زمناً طويلاً بعيداً عن أن يعتبر طريقاً من طرق الطعن فى الأحكام يسلكه الخصوم من تلقاء أنفسهم على أنهم أصحاب الشأن فيه كما هو الآن . ويؤكد ثقات المؤرخين أن مجلس الملك كان يمتنع فى مبدأ الأمر من قبول تبليغات خصوم الدعاوى عما وقع فيها من مخالفات لأوامر الملك ، ويميلون إلى أن فكرة قيام الخصوم بأنفسهم بطلب فسخ الأحكام عنهم ، لم تأخذ حظها من الظهور والوضوح إلاّ فى

= « à tous.. juges, magistrats, officiers et autres juges tant seigneurs acclésiastiques que séculiers de les garder et faire garder tant es jugements de procès qu'autrement, sans y contravenir ni s'en dispenser pour quelque raison et sous quelque prétexcte que ce soit, d'equité ou autrement, déclarant les jugements, sentences et arrêts qui seront donnés contre la forme et teneur d' icelles nuls et de nul effet et valeur. »

(١) كما يقول مارتى أنه (une institution d'ordre à peu prés exclusivement politique) ص ٤٣ .

النصف الثانى من القرن السادس عشر ، حين ازداد نشاط الملك فى التشريع وتعذرت عليه رقابة القضاة بنفسه فى تطبيق ماسنّ من القوانين ، ودعت الحاجة إلى السماح للخصوم برفع طعونهم للملك تمكيناً له من القيام بهذه الرقابة وتوقيع الجزاء على مخالفة الأحكام لأوامره . ثم تطور الحال فى العمل — تحت تأثير هذه الحاجة و إلحاح الخصوم أنفسهم — فى أواخر القرن السادس عشر وأوائل القرن السابع عشر ، فقرب اللجوء إلى الملك بالشكوى من أن يصير طريقاً منظماً من طرق الطعن فى الأحكام ، يسلكه الخصوم ما اقتضت مصلحتهم سلوكه[١] .

١٩ — وتنظيم هذا الطريق ، طريق الشكوى للملك ، قد سار كذلك خطوة خطوة منذ القرن الرابع عشر . وقد كانت بدايته أن أوجب على الشاكى أن يرفع شكواه إلى الملك ، فإذا شاء الملك أحال الشكوى إلى جماعة المفتين القائمين بالخدمة بين يديه ، فإن أشاروا بقبولها أصدر الملك أمره للبرلمان الذى أصدر الحكم بوقف تنفيذه ، ولمجلسه الخاص بإعادة النظر فى الحكم (par lettres de revision) . ولما كثر التشكى على القضاة وأخذ أرباب المظالم لا يفصلون وجوه مظالمهم مكتفين باسترحام الملك ليوقع لهم بوقف تنفيذ الأحكام و إعادة النظر فى دعاواهم من جديد ، أصدر الملك فى سنة ١٣٣١ أمراً ملكيا أوجب به على كل شاك تفصيل ما يعترض به على الحكم الذى يطلب مراجعته فى طلب يرفعه للملك على صورة عريضة (une requête) يلتمس فيها التوقيع بإحالة مظلمته إلى المجلس الخاص ليصدر حكمه فى الدعوى من جديد ، وجعل لهذا المجلس — متى رأى عدم صحة الشكوى — الحق فى إلزام رافعها بغرامة للخزانة و بتضمينات لخصمه . وقد كان مجرد توقيع الملك بالإذن بتقديم الشكوى للمجلس الخاص كافياً لوقف تنفيذ الحكم المشكو منه[٢] .

ثم جاء الأمر الملكى الصادر فى سنة ١٣٤٤ فأوجب على من يلتمس إذن

(١) مارتى ص ٤٧ و ص ٤٨ . (٢) راجع كاربنتيه فقرة ٣ و ٤ لغاية ١١ .

الملك بمراجعة الدعوى للحكم فيها من جديد أن يفصّل وجوه اعتراضه على الحكم فى ورقة مستقلة يلحقها بطلبه ، فإذا شاء الملك أحال الشكوى إلى من يختارهم من رجال الإفتاء الملحقين بمجلسه الخاص (les maîtres des requêtes) . فمتى رأوا جدية الشكوى واحتمال قبولها لدى المجلس وقع الملك بتقديمها إلى مجلسه الخاص ليفصل فيها . ومن مزايا هذا الأمر الملكى أنه نص على أن توقيع الملك بالإذن لمجلسه بمراجعة الحكم والدعوى لا يوقف تنفيذ الحكم كما نص على أن طلب الإذن بمراجعة الأحكام التمهيدية غير مقبول .

ومن هذا العهد ظهر فى النظام الفرنسى أصلُ وجوب تقديم الطعن بطريق النقض على صورة عريضة يفصّل فيها رافعها أسباب طعنه ، وأصلُ وجوب بحث الطعون وتصفيتها مبدئياً على يد مفت يستبعد منها ما يكون غير مقبول أو واجب الرفض ، ويحيل ما يستحق النظر والبحث إلى المجلس المختص كذلك ، وأصلُ تغريم من لا يقبل طعنه ، أو يرفض الغرامة القانونية[1] .

ثم استشعر الملك أن كثرة التشكى من القضاة قد غض من هيبتهم واحترامهم فأذاع فى أمره الملكى الصادر فى سنة ١٥٧٩ أن الأحكام الصادرة من مجالس الأحكام تكون لها حرمة الأحكام النهائية الواجبة التنفيذ فلا تنقض ولا تعطل إلاّ بالطرق القانونية وبالأوضاع المبينة بالأوامر الملكية[2] ، ثم كرر هذا فى نطقه السامى فى يناير سنة ١٥٩٧ ، وأضاف إليه أن ليس من شأن إذن الملك بالطعن ولا من شأن تقديم الطعن نفسه إلى المجلس أن يؤخر أو يوقف تنفيذ الحكم المطعون فيه[3] .

---

(١) المرجع المتقدم فقرة ١١ لغاية ١٦ .

(٢) اقرأ نص المادة ٩٢ منه فى مارتى ص ٤٥ .

(٣) كاربنتيه فقرة ١٧ والنص هكذا :

Voulons aussi que les arrêts donnés par nos cours souveraines soient =

٢٠ — أما الأوامر الملكية الصادرة بترتيب مجلس الملك وتنظيم كيفية تقديم الطعون إليه والفصل فيها من لدنه فأهمها الأمر الملكى الصادر فى سنة ١٦٦٧ وهو الذى أبطل الطعن فى الأحكام لخطئها فى فهم الواقع فى الدعوى (les propositions d'erreur) واستبدل به الطعن فى الأحكام لمخالفتها لنصوص الأوامر والإرادات والتصريحات الملكية[١] (Contre la disposition des ordonnances édits et declarations) والأمر الملكى الصادر فى ١٤ سبتمبر سنة ١٦٨٤ من مجلسه الخاص المبين لكيفية الطعن فى الأحكام أمام هذا المجلس والأمر الملكى الصادر فى ٢٨ يونيه سنة ١٧٣٨ الجامع لما سبقه من الأوامر، الشامل لاختصاص مجلس الملك، وما يجب اتباعه أمامه من الاجراءات، وقد نشره ربرتوار دالوز بهامش ص ٥، وعنى بالنص فى ذيل كل صحيفة على ما ألغى منه[٢].

٢١ — أما تاريخ أحوال الطعن فنقول فيه إنه بعد أن كثرت الأوامر الملكية المنظمة لقواعد الاجراءات والمرافعات أمام المحاكم المختلفة، واتسع قضاء مجلس الملك، لوحظ أنه على الرغم من أن القانون ما كان يعرف وقتئذ إلا حالة واحدة من أحوال الطعن هى مخالفة الأحكام لأوامر الملك وإراداته كان بعض الطعون يبنى على التناقض بين الأحكام، وبعض آخر يبنى على كون الحكم المطعون فيه قد قضى بما لم يطلبه الخصم أو بأكثر مما طلب، وطعون أخر كانت تبنى على مخالفة قواعد الاختصاص. وكان فقهاء ذلك العهد يفرقون بين بطلان

= reçus, exécutés gardés et entretenus avec le respect qui convient. Et confirmant nos anciennes ordonnances, Déclarons, que les dits arrêts ne pourront être cassés, ni retractés sinon par les voies de droit et formes portées par nos ordonnances. n'en sera aussi l'execution des dits arrêts suspendue ou retardée par lettres ou requêtes présentées à notre Conceil.

(١) كاربنتيه فقرة ٢٣.

(٢) راجع ملخص هذه الأوامر فى فقرة ٢٩ من كاربنتيه.

الحكم لعيب فى شكله أو فى الاجراءات السابقة له ، و بين مخالفة الحكم للأوامر الملكية[١] .

ولما أخذ الملوك فى القرن السابع عشر والقرن الثامن عشر فى وضع قواعد القانون الخاص ، عدولاً منهم عن العادات المختلفة الغالبة التى كانت لا تعرف البلاد غيرها ، اتسعت أحوال الطعن فأصبح الناس يبنون طعونهم فى الأحكام على مخالفتها لتلك القواعد أو لما جرى به العمل من قواعد القانون الرومانى أو لما ثبت عليه قضاء المحاكم — شهد بذلك أجنسو (Agnesseou) ودينازارت (Denizarti) وفريير (Ferriére) وجولى دفليرى (Joly de Fleury) .

أما قواعد القانون الرومانى والعادات الجارية (les coutumes) التى جمعت وصدق عليها الملك فقد كانت تعتبر من قواعد القانون المسنون فى البلاد التى كان يحكم فيها بهذا القانون[٢] (les pays de droit écrit)

أما القواعد القانونية التى ثبت عليها القضاء واطمأن إليها نظام الأسرة والنظام العام (qui tient au repos des familles et à l'ordre public) فقد شهد دنيزارت بأنها كانت تعتبر — لهذه العلة — جزءاً من القانون ، مستنداً فى ذلك إلى حكم أصدره مجلس الملك فى ١٣ فبراير سنة ١٧٦٧ نقض به حكما أصدره أحد البرلمانات فى ١٧ مايو سنة ١٧٦٢ ، مخالفاً فيه ما استقر وثبت من أحكام القضاء فى مسألة تتعلق بنظام الأسرة وقواعد الإرث[٣] . وأما مخالفة ما كانت تضعه جمعيات القضاة العمومية فى البرلمانات من القرارات على صورة اللوائح العامة للعمل بها أمامها فلم تكن تعتبر سبباً للطعن فى الأحكام[٤] .

٢٢ — وكان يشترط لقبول الطعن المبنى على مخالفة الأوامر الملكية

---

(١) مارتى ص ٤٩ وهامش ٣و٤و٥ .
(٢) مارتى ص ٥٠ وهوامشها .
(٣) مارتى ص ٥١ وهامش رقم ١و٢ .
(٤) مارتى ص ٥١ وهامش رقم ١و٢ .

أو ما التحق بها من القواعد الواجبة وجوب القانون ، أن تكون المخالفة بين نص الحكم المطعون فيه و بين نص القاعدة القانونية التى أخذ بها هذا الحكم ، مخالفة ظاهرة حرفية (Claire et littérale) تجعلهما فى حكم المتضادين ، ينفى أحدهما الآخر[1] ولا يجتمعان . ولهذا كان مجلس الملك يقضى ضمناً بعدم قبول الطعن المبنى على خطأ الحكم فى تطبيق القانون (fausse application) متى تبين له أنه لم يكن بين نص الحكم و بين نص القاعدة القانونية الواجبة التطبيق ذلك التضاد المؤذن بفساد الحكم ووجوب نقضه . وذلك إما حملاً على أن قاضى الدعوى قد حكم فيها متأثراً بظروفها وملابساتها ، ومستيقناً أنه لم يعبث بالقانون ، إذ ليس ثمة قاعدة قانونية أمامه كان يجب الأخذ بها فى الدعوى ، و إما على أن هذا القاضى قد رأى أن القاعدة القانونية لم تصادف فى الدعوى محلا لتطبيقها[2] .

وكذلك كان يقضى برفض الطعن المبنى على خطأ الحكم فى تفسير القانون ، لأن المادة السابعة من الكتاب الأول من الأمر الملكى الصادر فى سنة ١٦٦٧ كانت تحرم على القضاة النظر فى أعطاف القانون وأحنائه ومطوياته ومكاسره استثماراً للأحكام الفرعية منه ، وتوجب عليهم — إذا غم النص — رفع الأمر للملك ليبصرهم بما هو وراء علمهم وفوق طوق إدراكهم مما وسعه علماً أو أحاط به خبراً[3] . اعتبر فى ذلك بحكم مجلس الملك الذى أصدره فى ٢٧ يوليه سنة ١٦٦٨ ينقض به حكم برلمان بردو ، لا لأنه وقع منه خطأ فى تفسير القانون ، بل لمجرد أنه أقدم على تفسيره[4] .

٢٣ — نقول وعلى الرغم مما جاء بالأمرين الملكيين الصادرين فى سنة ١٥٧٩ ، وفى سنة ١٥٩٧ و بغيرهما من الأوامر الملكية من العبارات الدالة على جواز الطعن فى الأحكام بطريق النقض وعلى قيام مجلس الملك بنقض الأحكام

---

(١) وقد أورد مارتى بفقرة ٢٨ ص ٥١ نص هذه القاعدة عن تولزان ص ٢٦١ .
(٢) مارتى ص ٥٢ . (٣) مارتى ص ٥٢ . (٤) مارتى ص ٥٢ .

المعيبة ، فإن ثقات المؤرخين لايزالون يقررون أن حق الخصوم فى الطعن فى الأحكام لمجلس الملك قد بقى غير مسلم به على الأقل من الجهات الرسمية حتى النصف الأخير من القرن الثامن عشر ، وأن قيام الملك بابطال الأحكام أو نقضها كان معتبراً فى نظر فقهاء ذلك العصر من وظائف الحكم التى يتولاها الملك فى سبيل المصلحة العامة تأييداً لسلطته الشرعية وتمكيناً لها عند القضاة والمتقاضين و إن كان خصوم الدعوى هم الذين كانوا يرفعون عادة ظلاماتهم إلى الملك بالأوضاع المعروفة كلما اقتضت مصلحتهم الطعن فى الأحكام — لا يزال المؤرخون يقررون هذا و يقولون إن طريق الطعن هذا لم يكن ميسراً للخصوم كما هو الآن ، إذ كان يجوز للملك أن ينقض الحكم ولا طاعن فيه ، أو أن يرفع له الطعن ولا يوقع بتقديمه للمجلس (١) ،

(١) وقد استشهد هؤلاء الثقات المؤرخون على صحة ما قرروه مما جاء فى المتن بما كتبه الفقهاء الأقدمون من مثل جولى دى فليرى (Joly de Fleury) وجيلبر دى فوزان (Gilbert des Vousins) ، وجيوت (Guyot) شرحاً لحال مجلس الملك وتفصيلا لوظائفه من أن مجلس الملك إنما كان يتولى نقض الأحكام لا لمصلحة المتقاضين بل تمكيناً وتأييداً لسلطان الأوامر الملكية . (la cassation a été entroduite plutôt pour le maintien des ordonnances que pour l'intérêt des justiciables. — La cassation est moins un acte de juridiction que de puissance) (راجع مارتى ص ٤٨ نقلا عنهم) .

واستشهدوا كذلك بما وقع فى أيديهم من قرارات مجلس الملك كقوله على لسان الملك فى قرار أصدره هذا المجلس فى ٨ يوليه سنة ١٦٦١ إن الملك إنما أنشأ مجلسه العالى فوق هذه البرلمانات ليكون على عينه ما يحصل فى جميع جهات الحكم ولإداتها بالطاعة له فيما يصدره من أوامر وأحكام وألزمها بأن تقدم له تقريراً عن أعمالها (Avec un rapport de tout à la suprême autoritè du Conseil qu sa Majesté a établi pour avoir l'aeil sur toutes les autres juridictions) (كاربنتيه فقرة ٢٠ ، ٢١)

وكقوله أيضاً فى قرار أصدره هذا المجلس فى ٣١ يناير سنة ١٦٦٩ ، إن ولاية الملك فى نقض الأحكام المعيبة إنما هى خصوصية له لا حق فيها لأحد من المتقاضين ، فله ألا ينقض الحكم أيا كانت مخالفة هذا الحكم لأوامره الملكية Le roi considère si bien qu la cassation est une prérogative qui lui est personnelle et non un droit acquis aux partis; que par cet arrêt il « remet les contraventions faites jusqu'au jour de l'arrêt et ordonne l'exécution de tous les arrêts jugements et sentènces rendus en dernier ressort quelques contraventions à l'ordonnance que l'on puisse alléguer » (مارتى ص ٤٨ وهامش ٥) .

وجاء فى قرار آخر أصدره مجلس الملك فى ١٨ ديسمبر سنة ١٧٧٥ أن الغاية من نقض الأحكام إنما هى تمكين لصاحب السلطة التشريعية فى سلطته هذه وتأييد لما أصدر من أوامر =

وأن الأحكام التى كان يصدرها مجلس الملك كانت أشبه بالأوامر التى يصدرها بسلطة الحكم ولذلك كانت تسمى : (arrêts de commandement)[(١)] .

٢٤ — ويؤكد المؤرخون أن نظام التشكى من الأحكام لم يبق قبيل الثورة الفرنسية ، على ما كان عليه من قبل ، وسيلة من وسائل الحكم والسلطان يعاقب بها الملك محاكمه إذا خالفت أوامره أو إراداته أو تصريحاته مخالفة حرفية ظاهرة كما سبق تفصيله ، بل إنه تطور حتى أوشك أن يصير طريقاً من طرق الطعن فى الأحكام يسلكه الخصوم متى رأوا فيها مخالفة للقانون[(٢)] أو خطأ فى تطبيقه[(٣)] أو جوراً ظاهراً[(٤)] (une inéquité evidente et manifeste) .

على أنه مهما يكن مبلغ هذا التطور فإن مجلس الاخصام الذى انشعب من مجلس الملك[(٥)] ، وآلت إليه ولاية النظر فى الطعون الخاصة بالأفراد ، قد بقى

= يقتضى هذه السلطة Elle n'est qu'un remède qui ne peut avoir pour objet que le maintien de l'autorité législative et des ordonnances (مارتى المرجع السابق) .

(١) مارتى ص ٤٩ وهامش ١ . (٢) مارتى ص ٥٣ و ٥٤ و ٥٥ .

(٣) وينقل مارتى عن بوتاريك (Boutarice) عن مؤلفه (Explication de l'ordonnance de Louis XIV sur les matieres Civiles) أن مجلس الملك كان يبطل الحكم وينقضه إذا تبين من حالة الدعوى أن الحكم لم يتبع نص أمر الملك أو إرادته أو نطقه ، ثم يستشهد مارتى بما جاء بحكم أصدره مجلس الملك فى ٢٨ مايو سنة ١٦٦٨ من إعادة البحث فيما بحثه الحكم المطعون فيه خاصاً بما إذا كانت الأشياء المدعى رهنها رهن حيازة تدخل أولا تدخل فيما يجوز رهنه تطبيقاً للأمر الملكى الصادر فى سنة ١٦٦٧ فى هذا الشأن (مارتى ص ٥٣ وهامش ٢ و ٣) .

(٤) ويستشهد مارتى على جواز الطعن بجور الحكم جوراً ظاهراً بحكم أصدره مجلس الملك فى ١٧ يونيه سنة ١٧٠٦ (مارتى ص ٥٤ هامش ٢) وبحكم آخر أصدره فى ١٥ يناير سنة ١٧٢٧ ، وبما كتبه الماريشال دى فيلار وزير الدولة فى ذكرياته (مارتى ص ٥٤ هامش ٣) .

(٥) مارتى ص ٥٥ وهامش ٢ ، انشعب من مجلس الملك عدة شعب : المجلس العالى (le Grand Conseil) ، وقد صار مجلس قضاء دائم للفصل فى طلبات النقض المبنية على تناقض الأحكام . ومجلس الأمور المالية (le Conseil des Finances) ، وكان يختص بنظر الطعون المبنية على مخالفة الأوامر الملكية فيما كان من شؤون الدولة ، أو ما تعلق منها بالراحة العامة (le repos public) ، ومجلس الأخصام لنظر الطعون الخاصة بالأفراد (le Conseil des parties) وقد رجع مارتى فى ذلك إلى دى روير (De Royer) فى مؤلفه :

(Des origines et de l'autorité de la Cour de Cassation).

زمامه بيد الملك وسلطته المطلقة فلم تدن منزلته من منزلة مجلس النقض الذى خلفه فى الاطمئنان على سير العـدالة والابتعاد عن المحاباة والانتقام ، ولا كذلك منزلة أحكامه الغير المسببة من أحكام خلفه المطرزة بأحسن الأسباب القانونية ولهذا ولفداحة المصاريف والغرامات قلت الطعون وصار ما يصدره ذلك المجلس من الأحكام بعيداً عن أن يؤثر فى تقدم الدراسات الفقهية أو فى جمع كلمة القضاء على قول واحد فى المسائل المختلف فيها [1] .

٢٥ — عهد الجمعية التأسيسية ومجلس النقض : ولما أطلقت الثورة الألسنة بالمناداة بسلطة الأمة بأنها مصدر السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية ، وأن لكل سلطة حدوداً وفواصل ، وأخذ زعماء الثورة ونواب الشعب فى جمعيتهم الوطنية (l'Assemblée Nationale) وفى الجمعية التأسيسية (L'Assemblée Constituante) يعرضون مناهج السياسة على المشورة ، ويقلبون نظم الإصلاح على وجوه الرأى ، أصدرت الجمعية الوطنية مرسوماً فى ٣٠ أكتوبر سنة ١٧٨٩ رخصت به لمجلس الملك — إلى حين وضع النظام القضائى الجديد — فى الفصل فى القضايا القائمة أمامه على ما كان العمل جارياً به لديه إلا ما كان له من حق التصدى للفصل فى موضوعات القضايا التى كان له أن ينزعها من يد قضاتها المختصين ، فقد حرم عليه هذا الحق منذ صدور هذا المرسوم [2] . ولما جاء أوان المناقشة فيما ينبغى أن يكون عليه نظام نقض الأحكام فتح بابها النائب بارير

---

(١) ويستشهد مارتى فى ذلك باحصاء ذكره النائب جوسان (Gossin) فى خطابه البرلمانى يوم ١٢ أغسطس سنة ١٧٩٠ إذ قال : إن المواد المختلفة التى كان ينظرها مجلس الملك فى السنة تبلغ نحو ثمانمائة مادة ، منها مائة وخمسون طلباً للنقض ، ومن هذا العدد الأخير عشرة طعون فقط بحثها المجلس وحققها بحضور الخصوم (راجع مارتى ص ٥٦ هامش ٣) .

(٢) ربرتوار دالوز فقرة ١٢ ص ٢٢ . واقرأ فى جلاسون وتيسيه جـ ١ من ص ٤٠ لغاية ص ٥١ تاريخ ما أصدرته الجمعية التأسيسية من التشريعات المختلفة الهامة الخاصة بالنظام القضائى الجديد وعلى الأخص قانون ١٦ — ٢٤ أغسطس سنة ١٧٩٠ الخاص بترتيب المحاكم الجديدة وتحديد درجات بعضها بالنسبة لبعضها الآخر .

(Barrére) بالسؤال عما إذا كان ينبغي أن يكون للدولة قضاة يتولون نقض الأحكام منتقلين من إقليم إلى آخر ، أم ينبغى أن يكون لها مجلس مستديم ، وهل يكون هذا المجلس وحدة من وحدات النظام القضائى أو يكون تابعاً للسلطة التشريعية ، وهل يكون واحداً أو أكثر من واحد ؟ وما يكون اسمه ؟ هل يطلق عليه اسم المجلس الوطنى أو اسم مجلس المراقبة أو مجلس المراجعة أو مجلس النقض ؟ ولما استقر الرأى على أن يكون هـذا المجلس الأعلى واحداً ومستديماً وتابعاً للسلطة التشريعية وأن يطلق عليه اسم مجلس النقض والإبرام أصدرت بذلك الجمعية الوطنية مرسوماً فى ١٢—٢١ أغسطس سنة ١٧٩٠ فى مادة واحدة[١] ،[٢] .

٢٦ — وقد كان المأمول — وجل مقصود رجال الثورة هو تجميع القوانين وتوحيد العمل بها فى البلاد — أن تجتمع الكلمة على إنشاء مجلس قضائى واحد يتولى نقض الأحكام المبنيّة على مخالفة القانون أو على الخطأ فى تطبيقه أو فى تأويله تحقيقاً لجمع كلمة القضاء فى تطبيق القانون على قول واحد فتفوز البلاد بالحسنيين : توحيد القانون وتوحيد القضاء به . كان هذا هو المأمول . لكن المناقشة بين نواب الجمعية الوطنية فيما تساءل عنه (بارير) قد خيبت هذا الأمل ، إذ ظهر أن عدداً قليلاً منهم هو الذى كان يدرك أهمية تشكيل مجلس قضائى واحد ، يحقق للناس فكرة تأييد وحدة القانون ومنع القضاء من الخلاف فيه[٣] ، كما ظهر بجانب هذا

---

(١) نصها : (L'Assemblée nationale décrète que le Tribunal de Cassation sera unique et sédentaire auprès du Corps l'egislatif) ، المرجع المتقدم الذكر .

(٢) وقد سمى هذا المجلس فيما بعد باسم محكمة النقض والابرام (Cour de Cassation) (راجع سيناتيس كونسيلت فى ٢٨ ، فلورال سنة ١٢ ، أى قرار مجلس الشيوخ ، ١٨ مايو سنة ١٨٠٤ المنشور فى ريرتوار دالوز ص ٣٦ فقرة ٢٥ .

(٣) من أشهرهم برناف (Bernave) ومن حججه التى أدلى بها فى جلسة ٨ مايو سنة ١٧٩٠ أنه إذا لم يكن على رأس محاكم الاستئناف محكمة عليا أصبحت تلك المحاكم سيدة العدل وصارت تختلف فى تطبيق القانون أيما اختلاف فى القضايا المتماثلة (مارتى ص ٥٩ وهامش نمرة ١) وكذلك ما قاله بجلسة ١٨ نوفمبر سنة ١٧٩٠ (مارتى ص ٥٩) . ويدهشك أن تعلم أن برناف هذا كان ممن يروعهم أن يكون للدولة مجلس نقض مستديم فيطغى على السلطات كلها ولذلك =

العدد القليل من كان لا يبتغى من تشكيل هذا المجلس إلا أن يكون مستقر الرأى فيما يعرض عليه من الطعون توحيداً لقضائه هو فى مختلف المسائل القانونية ، فكان بذلك بعيداً عن إدراك ما ندركه الآن من أن وظيفة محكمة النقض هى توحيد كلمة القضاء كله من طريق رقابتها على تطبيق القانون وفى كل دعوى وأمام أية محكمة من المحاكم[1] .

أما جمهور النواب فقد كانوا يعتقدون كفاية القانون فى الإحاطة بجميع الحوادث ومختلف المنازعات ، وكانوا يرون مهمة القاضى يجب أن تنحصر فى تعرف القاعدة القانونية المنصوص عليها وفى تطبيقها تطبيقاً آلياً ، بغير ما تفقه أو تأويل ، على القضية المطروحة أمامه . ولذلك صرح كثير منهم بأن لا معنى عندهم لعبارة « توحيد قضاء المحاكم » وأن هذه العبارة كما كان لا معنى لها فى النظام القديم كذلك ينبغى ألا يكون لها معنى ما فى النظام الذى يراد استحداثه . ومن حججهم فى ذلك أن الدولة واحدة ، وما دام قانونها واحداً فقضاؤها يجب أن يكون واحداً كذلك ، ولن يكون كذلك إلا إذا منعت المحاكم من تأويل القانون وتفسيره ، وألزمت تطبيق القانون فى القضايا المتماثلة تطبيقاً واحداً يشبه أن يكون آلياً ، وإلا إذا كان هذا المجلس المزمع إنشاؤه محدوداً جهده ومقصورة غايته على حراسة القانون ومنع عدوان السلطة القضائية عليه بمخالفة نصوصه[2] .

= كانوا لا يبتغون السلامة والاطمئنان إلا من مجلس متنقل (كاربنتيه فقرة ٦٨و٦٩و٧٠) ، وكان الفضل كل الفضل لمرلان وكابرمون تونير فى إقناع الجمعية بانشاء مجلس مستديم مستقر (راجع بعض أقوالهما فى البنديكت فقرة ٤٧) .

(١) (C'est à le jurisprudence du Tribunal de Cassation lui-même qu' ils pensent et c'est au sein de ce Tribunal qu'ils se préocuppent de réaliser une certaine Continiuté de vue.)

(مارتى ص ٥٩ وهامش ٣) .

(٢) ومن أشهر هؤلاء روبسبير (Robespierre) و ليشابليير (Le Chapelier) و بريير (Prieur) و مورى (Moury) و جوبيل بريفلى (Goupil de Préflu) وقد نقل مارتى بعض أقوالهم من المحاضر الرسمية ص ٦٠ ، ٦١ ، ٦٢ .

ومن المأثور عن بعضهم أنه قال : إن هذا المجلس لن يكون فى واقع الأمر مجلساً قضائياً (un organe juridictionnel) بالمعنى المعروف لهـذا اللفظ فى فقه النظام القضائى ، لأن نقض الأحكام لمخالفتها للقانون لا يمكن اعتباره من وظائف القضاء ، بل الأشبه به أن يكون من خصائص السلطة التشريعيـة وأن يتولاه بالنيابة عنها مجلس يكون تابعاً لها بحيث يلزم السلطة القضائية بالوقوف عند حدودها المرسومة فى الدستور[1] .

٢٧ — ثم انتهت المناقشة وانتصرت الأغلبية ، وأصدرت الجمعية التأسيسية فى ١٧ نوفمبر سنة ١٧٩٠ قانونها المنشئ لمجلس النقض الجديد ، على مثل ما أنشئ من أجله المجلس القديم تابعاً للسلطة التشريعية . وغاية ما استحدثته الجمعية التأسيسية أنها ، بعد أن حصرت سلطات الدولة فى سلطاتها الثلاث وفصلت بين كل سلطة وأخرى وأشركت الأمة مع الملك فى السلطة التشريعية ، اعتبرت أن المجلس الجديد لم ينشأ لحماية الملك وتأييده فى سلطانه ، وإنما أنشئ لصون القانون نفسه وحماية السلطة التشريعية من تجاوز السلطة القضائيـة حدودها المرسومة فى الدستور[2] .

اعتبر فى ذلك بما جاء بنصوص هذا القانون من حل مجلس الأخصام (المادة ٣٠) وإبداله بمجلس نقض (un tribunal de cassation) يكون تابعاً للسلطة التشريعية (auprès du corps législatif) (المادة الأولى) وإلزام هذا المجلس الجديد بتقديم تقرير سنوى عن أعماله للسلطة التشريعية على يد ثمانية من أعضائه (المـادة ٢٤) ووجوب رجوعه إلى تلك السلطة إذا أصرت محكمة الاحالة الثالثـة (بعد نقض الحـكم الصادر فى الدعوى مرتين) على الحـكم فى الدعوى وفق ما حكمت به محكمة الموضوع فى المرتين الأوليين وبالرأى المخالف لرأى مجلس

(١) المرجع السابق .
(٢) نشر ربرتوار دالوز نصوص هذا القانون بالهامش رقم ١ ص ٢٢ و ٢٣ .

النقض ، لتصـــدر فى المسألة المختلف فيهـا مرسوماً تقريرياً بالحل القـانونى (un décret déclaratoire de la loi) يصدق عليه الملك ، ثم يتبعه المجلس فى القضية المطروحة أمامه (المادة ٢١)[١] . واعتبر فى ذلك أيضاً بما جاء بهذا القانون من وجوب انتخاب قضاة هذا المجلس انتخاب نواب المجلس التشريعى بشروط خاصة ، و إسقاط نصفهم بالقرعة كل أربع سنوات وقيام من ينتخب منهم عنـد كل تجديد بحلف يمين الأمانة للأمة أمام مندو بين اثنين من قبل الهيئة التشريعية ومندو بين آخرين من قبل الملك (المادة ٢٩)[٢] ، وكذلك من إعطاء الحق لنائب الملك القائم بأعمال النيابة العامة لدى هذا المجلس فى طلب نقض الأحكام لمخالفتها للقانون متى لم يطعن فيها خصوم الدعوى فى الميعاد المضروب لهم (المادة ٢٥)[٣] . اعتبر كذلك بما جاء فى المـادة الثالثة[٤] من حصر الأحوال التى يجوز فيها الطعن فى الأحكام الانتهائية لدى هذا المجلس فى حالتين : (الأولى) إذا كان الحـكم المطعون فيه قد خالف القـانون مخالفة صريحة ، (والثانية) إذا كانت المحـكمة

---

(١) اقرأ فى تفصيل هذا الرجوع المسمى (le référé législatif) مقالنا المنشور فى القانون والاقتصاد سنة ٢ تحت عنوان « محكمة النقض والابرام » ص ٨٠ و ٨١ .

(٢) ثم جعل دستور ٢٢ فريمير سنة ٨ انتخابهم من القائمة الوطنية على يد مجلس الشيوخ ، ثم خول قانون ١٦ ترميدور سنة ١٠ القنصل الأول حق ترشيح ثلاثة ليختار مجلس الشيوخ واحداً منهم ، ثم أعطى دستور ســنة ١٨١٤ (la charte) حق تعيين القضاة للحكومة ولم يتقرر عدم قابلية عزلهم إلا بالأمر المؤرخ فى ١٧ فبراير سنة ١٨١٥ .

(٣) لـكن هذا القانون قد اعتبر مجلس النقض مجلساً قضائيا غير تابع للسلطة التشريعية فى الفصل فى التنازع على الاختصاص ، وفى رد جميع قضاة المحـكمة الواحدة ، وفى طلب إحالة الدعوى إلى محكمة أخرى (pour cause de suspicion légitime) .

(٤) ونصها : Il annulera toutes procédures dans lequelles les formes ont été violées et tout jugement qui contiendra une contravention expresse à la loi. Et jusqu' à la formation d'un code unique des lois civiles, la violation des formes de procédure prescrites sous peine de nullité et la contravention aux lois particulières aux différentes parties de l' Empire... Sous aucun prétexte et en aucun cas, le Tribunal ne pourra connaître du fond des affaires. Après avoir cassé les procédures ou le jugement, il renverra le fond des affaires aux tribunaux qui devront en connaître, ainsi qu'il sera fixé ci-après (art. 3) .

التى أصدرت الحكم المطعون فيه لم تراع ، فى إجراءات المرافعات ، القواعد الشكلية التى أوجب القانون مراعاتها ورتب على عدم المراعاة بطلان الاجراءات[١] ؛ فانك لو قارنت ما جاء بهذه المادة من قولها : « كل حكم يحتوى مخالفة صريحة للقانون» (tout jugement qui contiendra une contravention expresse à la loi) بما جاء فى القانون القديم من كون مخالفة الحكم للأوامر الملكية ينبغى أن تكون ظاهرة وحرفية ، لأيقنت أن رقابة مجلس النقض التى أرادتها الجمعية التأسيسية هى الرقابة الضيقة التى لا تتناول تطبيق القانون ولا تأويله[٢] .

٢٨ — وفى هذا القانون نصوص أخر هامة . من أهمها الفقرة الثالثة من المادة الثالثة التى حرمت على مجلس النقض النظر فى موضوعات الدعاوى متى قضت بنقض الأحكام الصادرة فيها أو ببطلان بعض إجراءاتها التى خولف القانون فيها ، وأوجبت عليه إحالة هذه الدعاوى إلى محكمة أخرى للحكم فى موضوعاتها

---

(١) وقد لاحظ مارتى فى سياق كلامه على حالة الطعن الثانية المبينة بالمتن أن قاضى الدعوى ، إذا لم يحتفظ بما رسمه القانون له من الاجراءات الشكلية ، يمكن اعتباره عاصياً للقانون حقا فى عدم الائتمار بأوامره ، ولكنه مع مخالفته للقانون فى ذلك لا يمكن القول بأنه قد قرر قاعدة عامة قصد بها مناقضة القانون أو الاعتداء على السلطة التشريعية (Le fait par le juge de procéder irrégulièrement, s'il importe certainement une désobéissance à la loi de procédure, n'implique par contre aucune affirmation générale diamétralement contraire à la loi, aucun empiètement sur le pouvoir législatif).

لاحظ هذا مارتى ثم قال : وكأن الجمعية التأسيسية باستبقائها حالة الطعن الثانية هذه تحت تأثير ذكريات القانون القديم قد أخرجت مجلسها الجديد من تلك الدائرة التى حصرته فيها ليعمل على حماية السلطة التشريعية فقط ، وكأنها بذلك وبما أعطته لخصوم الدعوى من حق الطعن فى الأحكام بجانب ما أعطته لنائب الملك من حق الطعن لمصلحة القانون — كأنها بذلك قد مهدت لمجلس النقض سبيل مد رقابته إلى نواح أخر لم ينص عليها القانون (مارتى ص ٦٧) .

(٢) وهذا هو على الأقل ما جرى به قضاء هذا المجلس فى سنواته الأولى ، مارتى ص ٦٥ وبهامش ٢ حكم الدائرة المدنية فى أول فلوريال سنة ٥ المنوه عنه بربرتوار دالوز فقرة ١٣٥٥ ، وحكم الدائرة الجنائية فى ١٣ ترميدور سنة ٤ المنوه عنه فى ربرتوار دالوز فقرة ١٣٦ ، وحكم دائرة العرائض فى ١٧ بريريال سنة ٣ المنوه عنه بربرتوار دالوز فقرة ١٤٤٣ =

من جديد (المواد ١٩ و ٢٠ و ٢١ فى تحديد محكمة الإحالة)[١] . ومنها أن الأحكام التى يجوز الطعن فيها أمام مجلس النقض هى الأحكام الانتهائية ، ما عدا أحكام قضاة الصلح[٢] . ومنها المواد ٦ و ٨ و ١٠ التى تنص على أن الطعون تقدم أولاً إلى من يختارهم المجلس من أعضائه لتأليف مكتب العرائض (bureau des requêtes) حتى إذا رأوا رفضها قضوا بالرفض نهائيا ، وإذا رأوا صلاحيتها للعرض على المجلس قرروا عرضها[٣] . ومنها نص المادة ١٦ التى تقضى بأن رفع الطعن لا يوقف تنفيذ الحكم المطعون فيه بأية علة ، ونص المادة ١٧ التى توجب على قضاة مجلس النقض ذكر نص القانون الذى يبنون عليه قضاءهم بنقض الحكم المطعون فيه . ومنها ما نصت عليه المادة ٢٧ من وجوب العمل مؤقتاً — فيما عدا ما ذكر بهذا القانون — بأحكام لائحة سنة ١٧٣٨ إلى أن يصدر تشريع آخر يخالف أحكامها[٤] .

= وموضع العبرة فى هذا الحكم الأخير أن مجلس النقض اعتبر الخطأ فى تطبيق القانون فساداً موضوعيا فى القضاء (un mal jugé) لا يوجب النقض .

(١) عدلت هذه النصوص بقانون أول ابريل سنة ١٨٣٧ .

(٢) ولما لوحظ أن هذا الاستثناء جاء واسعاً إذ جعل أحكام قضاة الصلح الانتهائية بمنجاة من الطعن فيها بطريق النقض حتى لو خالفت قواعد الاختصاص أو تجاوزت حدود السلطة القضائية ، استدركوا ذلك فأضافوا إلى نص هذه المادة الرابعة فقرة أخرى أجازت الطعن فى تلك الأحكام لمخالفتها لقواعد الاختصاص أو لتجاوزها حدود السلطة القضائية ، ووضعوا الفقرتين فى المادة ٧٧ من قانون ٢٧ فنتوز سنة ٨ (كاربنتيه فقرة ٨٠) .

(٣) وقد جاءت المادة العاشرة بتعديل فى إجراءات نظر الطعون أمام مكتب العرائض ، فقد كان لهيئة المفتين الذين يقررون صلاحية عرض الطعن على مجلس الأخصام أن يشترك أعضاؤها مع باقى أعضاء المجلس فى نظر الطعن ، فجعل القانون الجديد مكتب العرائض دائرة مستقلة يجوز لها أن تقضى برفض الطعن نهائيا ، وإذا حكمت بصلاحية عرضه على مجلس النقض نظرته دائرة أخرى معينة للفصل فى الطعون المدنية والجنائية (كاربنتيه فقرة ٨٣)

(٤) وقد بقى العمل بأحكام هذه اللائحة وبأحكام هذا القانون مرعيا إلى الآن إلا ما صدرت به القوانين والمراسيم الجزئية . وقد نشر ربرتوار دالوز أهم هذه القوانين بهوامش الفقرة ١٣ ومابعدها ، ومن أهم ما نشره قانون ١٦ — ٢٩ سبتمبر سنة ١٧٩١ (الذى أدخلت مواده من المادة ١٥ إلى المادة ١٩ من مجموعة قوانين بريمور سنة ٣) المنظم للطعن فى الأحكام الصادرة بالعقوبة من قبل المحكوم عليه ومن قبل نائب الملك لمصلحة القانون ، كيف يرفع وما ميعاده =

٢٩ — على أن هذا القانون ، إن كان قد نعت بحق بأنه قانون رجعى من ناحية جعله مجلس النقض والابرام تابعاً للسلطة التشريعية كما رأيت ، فإنه — إذ أجاز لنائب الملك لدى هـذا المجلس الطعن فى كل حكم يرى أنه صدر مناقضاً للقانون ولم يطعن فيه خصوم الدعوى فى الميعاد ، وإذ أشار بعبارته هذه إلى ما لهؤلاء الخصوم من حق تقديم ظلامتهم من هـذا الحكم للمجلس مباشرة — قد جعل الطعن فى الأحكام بطريق النقض طريقاً معتبراً ميسراً يسلكه الخصوم بنظام مخصوص و بشروط مخصوصـة (نص المادة ٢٥)(١). و بذلك يصح القول بأنه قد خطا نحو استكمال نظام النقض خطوة واسعة تجب الاشادة بذكرها .

ولمـا تم فى أوائل سنة ١٧٩١ انتخاب قضاة مجلس النقض ونواب قضاته على مقتضى قواعد الانتخاب والاقتراع المدونة فى الفصل الخاص بهما من قانون ٢٧ نوفمبر — أول ديسمبر سنة ١٧٩٠ واحتفل بإقامة المجلس فعلا فى ٢٠ أبريل

= وما يترتب على نقض الحكم المطعون فيه وكيف تفصل فى الدعوى محكمة الاحالة (ربرتوار دالوز ص ٢٤ هامش ٣) ، وقانون ٢٩ س سنة ١٧٩٣ المرخص بتقسيم مجلس النقض إلى ثلاثة أقسام : قسم للعرائض وقسم للنقض المدنى وقسم للنقض الجنائى (ربرتوار دالوز ص ٢٧) ، وقانون ٢٨ فنتوز سـنة ٢ (١٨ مارس سنة ١٧٩٤) المبين لحالات الطعن فى الأحكام الجنائية ص ٢٨ ، وقانون ٤ — ١٥ جرمينال المبين للأحوال التى يجوز الحكم فيها بالبطلان فى المواد المدنية (راجع المـادة الخاصة بعـدم جواز الطعن بطريق النقض ضد القصر والمحجور عليهم والغائبين والمتزوجات والقرى والدولة إذا كان مبناه أن نائب الملك لم يبد أقواله فى قضاياهم التى حكم فيها لمصلحتهم . وراجع نص المـادة ٦ التى أوجبت تسبيب الأحكام الصادرة برفض الطعن (ص ٢٨) وقانون ٥ فندعور سـنة ٤ (٢٨ س سـنة ١٧٩٥) المعدل لطريقة انتخاب مجلس النقض (ص ٢٩) وقانون بريعور سـنة ٤ (٢٤ أكتوبر سنة ١٧٩٥) بتشكيل مجلس النقض تشكيلا آخر ، وقانون ٢٧ فنتوز سـنة ٨ (١٨ مارس سنة ١٨٠٠) بتشكيل المجلس تشكيلا جديداً (ص ٣٣) .

(١) Art. 25. Si le commissaire du roi auprès du Tribunal de Cassation apprend qu'il ait été rendu un jugement en dernier ressort directement contraire aux lois..., et contre lequel cependant, aucune des parties n'aurait reclamé dans le délai fixé, après ce délai expiré, il en donnera connaissance au tribunal de cassation; et s'il est prouvé que les formes ou les lois ont été violées le jugement sera cassé sans que les parties puissent s'en prévaloir pour éluder les dispositions de ce jugement, lequel vaudra transaction pour elles.

ســنة ١٧٩١ على يد مندو بين اثنين من قبل الجمعية التأسيسية أخذ هذا المجلس يقوم بوظيفته ضعيفاً مهزولا على خوف من السلطة التشريعية التى أركبها ظهره ووضع بين يديها خطامه منذ حفل مندوباها باقامته فى حجرها و بين ذراعيها . وما كادت تقوم بالأمر حكومة الكونفانسيون (La Convention) حتى اعتدت عليه بما أصدرته من مراسيم أبطلت بها بعض أحكامه[1] ، وأخرى بلومه على عدم انجاز ما لديه من الأعمال ، وأخيراً بمرسومها المؤرخ فى ٢٢ أغسطس سنة ١٧٩٣ الذى حددت له فيــه مدة شهرين لانجاز ما بين يديه من القضايا المهيأة للفصل و إلا كان جزاء قضاته العزل[2] (à peine de destitution) .

العهد الحالى : عهد محكمة النقض

٣٠ — وما كان لهذا النظام أن يبقى على سيرته هذه بعيداً عما كانت تتأثر به النظم من الآراء الرشيدة فى ذلك العهد ، بل ما كاد دستور س ٣ (سنة ١٧٩١) يقره و يعتمده و يحدد وظائف مجلس النقض والابرام وعلاقته بالمجلس التشريعى على ما سبق تفصيله فى قانون سنة ١٧٩٠ المتقدم الذكر ، و يعطى لوزير الحقانية الحق فى أن يبلغ مجلس النقض عن طريق نائب الملك ما يتجاوز القضاة فيه حدود وظائفهم (راجع المواد ٩ ، ٢٠ ، ٢١ ، ٢٢ ، ٢٧ من هذا الدستور المنشورة فى ربرتوار دالوز ص ٣٤ هامش رقم ٢) حتى أخذوا فى إدخال بعض التعديلات الجوهرية عليه فأوجبوا بالمــادة السادسة من مرسوم ٤ جرمينال سنة ٤ (٢٤ مارس سنة

(١) مارتى ص ٦٣ هامش ٢ ، وكاربنتيه فقرة ١١٣ و ١١٤ ، والبنديكت فقرة ٦١

(٢) وما كان السبب فى تراكم العمل تهاون القضاة ، ولـكن كان السبب عدم النظام فى توزيع العمل على مقتضى القانون ، ولذلك لما رخص للمجلس فى إنشاء دائرة ثالثة لنظر الطعون الجنائية انتظم العمل . وبهذا أقر قانون ٢ بريمور سنة ٤ إنشاء هذه الدائرة الثالثة وحدد اختصاصها ، ثم وضع قواعد المناوبة بين قضاة هذه الدوائر الثلاث : دائرة العرائض والدائرة المدنية والدائرة الجنائية (كاربنتيه فقرة ١١٦) .

١٧٩٤)[(١)] والمادة الثالثة من قانون ٩ ميسيدور سنة ٤ (٢٧ يونيه سنة ١٧٩٤)[(٢)] والمادة ٣٥٥ من مجموعة بريمور سنة ٤ ، تسبيب الأحكام التى يصدرها مجلس النقض والإبرام[(٣)]. ثم جاء دستور ٥ فريكتيدور سنة ٣ (٢٢ أغسطس سنة ١٧٩٥) فحرم على السلطة التشريعية إصدار مراسيم بإبطال ما كانت ترى إبطاله وإلغاءه من أحكام مجلس النقض[(٤)] .

٣١ — أما كون مجلس النقض يجب أن يكون الغرض من إنشائه تقويم المعوج من الأحكام فى تطبيق القانون وتقرير الأصول القانونية الصحيحة وجمع كلمة القضاء فى المسائل الخلافية على قول واحد ، فقد أخذت الألسنة الرسمية تجهر بالقول به منذ سنة ١٧٩٣ على لسان كوندرسيه (Candorcet)[(٥)] أمام لجنة الدستور ، وعلى لسان ابريال (Abrial)[(٦)] وزير الحقانية فى ٤ جرمينال سنة ٨

(١) ربرتوار دالوز بهامش ص ٢٨ .

(٢) المرجع السابق ، والمادة الثالثة المذكورة تنص على الأخذ بالمادة السادسة المتقدمة الذكر فى الأحكام الجنائية .

(٣) وقد كانت المادة ١٧ من قانون سنة ١٧٩٠ لا توجب هذا التسبيب ، ولهذا كان مجلس النقض فى سنواته السابقة يكتفى بقوله : « إن الحكم المطعون فيه قد خالف النص الفلانى ولذلك وبعد الاطلاع على هذا النص حكم بنقض الحكم » (راجع كثيراً من أحكام هذا المجلس التى أصدرها سنة ١٧٩٣ ، وعلى الأخص حكم ٢٧ أبريل سنة ١٧٩٣ (سيريه ص ١٦ — ١٧) والأحكام الصادرة فى ١٥ و ٢٣ و ٢٤ و ٢٧ فلوريال سنة ٢ بسيريه ص ٢٩ بمجموعة ڤيلنييف) .

(٤) نص المادة ٢٦٤ من هـذا الدستور مذكور فى كاربنتيه فقرة ١١٠ تحت كلمة محكمة النقض .

(٥) راجع بعض ما قاله فى جلسة ١٣ فبراير سنة ١٧٩٣ فى مارتى ص ٦٩ .

(٦) ولما أقيمت الجمهورية ذهب قضاة مجلس النقض بكامل هيئته إلى البانتيون فحلفوا يمين الطاعة للنظام الجمهورى . وفى ٤ جرمينال سنة ٨ أصدرت حكومة القناصل مرسوماً بوجوب تحليف قضاة ذلك المجلس المعينين ، على يد مجلس الشيوخ يمين الطاعة للدستور الجديد بين يدى وزير الحقانية ، فبعد أن حلفوها فى أول فلوريال من تلك السنة خطبهم وزير الحقانية خطاباً نشرت منه البنديكت ما يأتى فى فقرة ٦٥ ص ٥٧٥ :

« Nos premiers législateurs, convaincus de l'utilité de ce tribunal suprème, en avaient jeté les fondements; il était reservé à la constitution nouvelle de la perfectionner. L'objet essentiel de cet établissement est de =

عقب إعادة تحليف قضاة مجلس النقض يمين الطاعة للدستور ، ثم أخيراً على لسان بورتليس (Portalis) بعد وضع مجموعة القوانين المعروفة بمجموعة نابليون (les codes napoléoniens) وحين عرض مشروع القانون المدنى ولدى قراءة المادة الرابعة منه التى توجب على القاضى الحكم فى الدعوى حتى عند سكوت القانون أو غموضه أو قصوره ، إذ قال فى خطابه الإبتدائى أمام المجلس التشريعى : إن إيجاب الطاعة للقوانين وتحريم تفسيرها على القضاة قد جعلهم كلما غمّ عليهم النص أو قصر عن بيان الحكم فى الدعوى يرجعون إلىالسلطة التشريعية لتخرج لهم فى المسألة التى حاروا فيها قانوناً يعملون به . ولكن مجلس النقض كثيراً ما كان يعتبر ذلك منهم سكوتاً عن الحكم أو تجاوزاً لحدود السلطة[1] . ثم قال : ومن الحق أن الاجتهاد فى القانون نوعان : نوع لا محيص عنه للقاضى ، وهو بذل الجهد فى تعرف معنى القانون وعلله وحكمته ومقصود الشارع منه لاستثمار الأحكام الفرعية ،

═conserver l'intégrité des formes judiciaires, de maintenir l'exacte application des lois. de garder dans tous les tribunaux de la Réqublique cette uniformité de jurisprudence qui sera sans doute un des plus grands bienfaits de notre révolution.

L'amovibilité du tribunal de cassation avait fait manquer ce but, des renouvellements trop multipliés, trop rapprochés font perdre de vue l'esprit qui a dédicté les premières décisions.

Les opinions individuelles se succèdent.

L'arbitraire tient lieu de jurisprudence et bientôt il n'y a plus rien de certain ni de constant. C'est une calamité sans doute quand le tribunal qui par son institution doit maintenir l'unité de jurisprudence dans la Republique n'est pas d'accord avec lui-même. Vous échapperez à cet inconvénient par la perpétuité de vos fonctions : on trouvera toujours dans vos décisions le même ésprit, la même sagesse par ce que vous serez toujours vous-mêmes et que tous les motifs qui vous avaient guidés seront toujours présents ».

(١) كثيراً ما طلبت المحاكم من السلطة التشريعية ، أو من الحكومة ، رأيها فيما يتراءى لها فيه أن بالنص غموضاً أو قصوراً عن بيان ما تحكم به فى الدعوى ، فتقرر هذه الجهة أن حكم القانون فى المسألة واضح ، وتكلف نائب الملك لدى مجلس النقض بعرض الأمر على المجلس لينقض حكم المحكمة باعتبار أنها ، باحالة الدعوى على تلك الجهة المتقدمة الذكر لإبداء رأيها القانونى فى المسألة العارضة ، تكون قد سمحت لهذه الجهة بالتدخل فى الوظائف القضائية فتجاوزت بذلك حدود هذه الوظائف وامتنعت عن الحكم فى الدعوى (ن . ف أول فريكتيدور سنة ٥ ، و ٩ برسيمور سنة ٦ ص ٨٠ و ٨١ مجموعة فيلنيف) .

وهو ما يطلق عليــه فى الفقه الفرنسى اسم (l'interprétation par voie de doctrine) ، ونوع آخر لا ينبغى له ، وهو ما تقوم به الحكومة أو السلطة التشريعية حلاً للمسألة المختلف عليها وتخرجــه على صورة لائحة عامة توجب العمل بها كالقانون ، ويسمى التفسير الإرغامى (L'interprétation par voie d'autorité) ، ثم قال وإذن فالقانون إذا كان ظاهر المعنى تعين تطبيقه على معناه ، أما إذا غمض المعنى فعلى القاضى أن يشحذ فيه غرار الرأى حتى يصيب الصواب منه فإن لم يجد فى القانون نصاً يصح تنزيل حكمه على الدعوى ، التمس الحكم فيها بقواعد العدل أو بما جرى به العرف[1] .

٣٢ — ولما أصدر القانون المدنى فى ٢٤ فنتوز سنة ١١ (١٥ مارس سنة ١٨٠٣) وأدرك القضاة أن المـادة الثالثة منــه تجعلهم مسؤولين عن الامتناع عن الحكم لغموض القانون أو لقصوره ، وأن المـادة الرابعة تحرم عليهم إخراج الأحكام على صورة القواعد العامة (par voie de règlement ou de dispostions générales) أخذوا ينصرفون عما كانوا يحملون أنفسهم عليه من الرجوع إلى السلطة التشريعية كلما غم عليهم القانون أو لم يجدوا لديه القاعدة المعينــة على الحكم فى الدعوى ، ويعولون فى أحكامهم على ما يستنبطونه من الأحكام الفرعية بمـا لديهم فى فقه القانون من الوسائل العلمية المعروفة . ومتى قيل إنه لا بد للقضاة من تفسير القانون تفادياً لغموضه أو قصوره ، فلا مندوحة من القول بأن لمحـكمة النقض[2] أن تمد رقابتها على تفسير القانون وتطبيقه جمعاً لـكلمة القضاء على قول واحد[3] .

---

(١) وقد نقل مارتى (ص ٧٠ و ٧١) هذه الفقرات عن لوكريه من كتابه « التشريع المدنى والتجارى والجنائى » .

(٢) عند إعادة تشكيل مجلس النقض بالقانون النظامى الصادر فى ٢٨ فلورال ســنة ١٢ (١٨ مايو سنة ١٩٠٤) أطلق على المجلس اسم محكمة النقض والابرام .

(٣) ثم أصدر بعد ذلك قانون المرافعات فى ســنة ١٨٠٦ وليس فيه ما يتعلق بمحكمة النقض وأحوال الطعن إلا نص المـادة ٣٦٥ الخاصة بجعل محكمة النقض مختصة بالفصل فى التنازع على الاختصاص ، والمـادة ٥٠٤ الخاصة بجعل هذه المحـكمة مختصة بالطعن بطريق النقض =

٣٣ — على أن مذهب القائلين بأن وظيفة محكمة النقض يجب أن تكون توحيد القضاء من طريق الرقابة على تفسير القانون وتطبيقه (على ما دلت عليه المادتان الثالثة والرابعة منه ، وكما يؤخذ من أقوال واضعيه ومؤيديه الرسميين) ، لم يقع موقعه من التسليم به والإجماع عليه ، إلاّ فى أوائل النصف الثانى من القرن التاسع عشر . وذلك أن بعض فقهاء أوائل هذا القرن مثل مرلان[1] ، وهنريون دى بنسى[2] (Henrion de Pansey) و بعض محاكم الاستئناف[3] مع رضاهم عن رأى بورتاليس المتقدّم الذكر فى إيجاب الاجتهاد على القضاة فى تفسير القانون عند سكوته أو قصوره أو غموضه ، قد أصروا على مذهبهم فى القول

= لتناقض الحكمين الصادرين من محكمتى استئناف (ربرتوار دالوز فقرة ٢٦) . ثم أصدر قانون تحقيق الجنايات فى ١٧ و١٩ نوفبر — ١٤ ديسمبر سنة ١٩٠٨ ، وفيه باب كامل بعدة فصول خاص بالطعن بالبطلان فى الاجراءات وفى الأحكام فى المواد الجنائية (اقرأ بهامش ٢ ص ٣٠ وما بعدها خطاب المستشار برليه Berlier فى شرح هذا الباب ، وتبيان قواعده الأساسية ، وهو خطاب هام بالغ الأهمية للباحث فى النقض الجنائى) . ثم مرسوم ١٩ مارس سنة ١٨١٠ الذى أطلق على قضاة محكمة النقض اسم المستشارين (ربرتوار دالوز هامش ١ ص ٤٣) . ثم مرسوم ١٥ و ١٩ يناير سنة ١٨٢٦ الخاص بالعمل وتوزيعه أمام محكمة النقض ، وقد أطلق فيه اسم الدوائر على أقسام محكمة النقض ، فأصبح قسم العرائض يسمى دائرة العرائض ، والقسم المدنى : الدائرة المدنية ، والقسم الجنائى : الدائرة الجنائية (هامش ٢ ص ٤٥ ربرتوار دالوز) .

(١) مارتى ص ٧٢ ، ومرلان فى موسوعاته الطبعة الخامسة تحت كلمة (substition) (جزء ١٦ ص ٥٦٣ عمود رقم ٢) ، وتحت كلمة (adopotion) (جزء أول ص ١٨٣) ، وتحت كلمة (testament) (جزء ٨ ص ٣٤٣ وص ٣٤٤) .

(٢) مارتى ص ٧٢ ، وهنريون دى بنسى فى مؤلفه « السلطة القضائية فى فرنسا » (De l'autorité judiciaire en France) ص ٤٢٦ وما بعدها .

(٣) وقد نقل مارتى عن فينت Fenet ملاحظات محكمة بوردو بهامش ١ ص ٧٢ ومن هذه الملاحظات :

« Il y a à craindre que tous les jugements dans lesquels le silence ou l'obscurité des lois aura forcé les magistrats d'y recourir ne soient reformés sous ce prétexte par le Tribunal de Cassation. On se plaint déjà, et ce n'est pas à tort, que ce tribunal établi pour veiller à l'observation des formes au lieu de se renfermer dans les bornes de son institution, s'érige en tribunal d'appel de tous les tribunaux supérieurs. »

بأنه لا حق لمحكمة النقض فى أن تنتحل لنفسها الرقابة على تطبيق القانون وتفسيره ، وأنها إذا أقدمت على ذلك فقد جعلت نفسها محكمة استئناف عليا لمحاكم الاستئناف وخرجت عن حدودها المرسومة لها قانوناً .

وأخذ المذهبان يتقارعان الحجة فى الفقه والقضاء حتى سنة ١٨٢٥ حين رأت الحكومة تحديد مركز محكمة النقض بالنسبة لمحكمة الاحالة فى المسألة القانونية التى تكون قد فصلت فيها محكمة النقض ، أيكون واجباً على محكمة الاحالة اتباع رأى محكمة النقض فى تفسير القانون وتطبيقه ، أم تبقى على تمام حريتها فى جميع مسائل القضية . فدعت الحكومة (هنريون دى بنسى)[١] وقد صار الرئيس الأول لمحكمة النقض ، للجنة الفرعية المشكلة لبحث مشروع قانون يراد وضعه لتحديد مركز محكمة النقض من محكمة الاحالة ومعرفة ما إذا كان يجب على محكمة الاحالة أن تتبع رأى محكمة النقض فى المسألة القانونية التى اقتضت نقض الحكم أو لا يجب عليها ذلك . فاستجاب لدعوتها ولهج بما غَرِى به من مذهبه وما زال يرغب زملاءه فيه ويرهف عزمهم عليه حتى استنامت له الأغلبية ، فأصدر القانون فى ٥ يناير سنة ١٨٢٦ على ما حمل نفسه عليه وأولع به ، وصار لمحكمة الاحالة ألا تتبع رأى محكمة النقض ، وأنه إذا طعن فى حكمها فصلت دوائر محكمة النقض المجتمعة فى الطعن فإن قضت بنقض الحكم كان على محكمة الاحالة أن تجتمع هى أيضاً بكامل دوائرها حتى إذا أصرت على الرأى المخالف لرأى محكمة النقض وأقرت ما رأته محكمتا الموضوع السابقتان كان حكمها هو الكلمة الأخيرة وامتنع الطعن فيه أمام محكمة النقض لنفس الأسباب التى سبق الطعن بها فى الحكمين السابقين[٢-٣] .

---

(١) ربرتوار دالوز فقره ٣٣ ص ٤٧ .

(٢) جارسونيه ج ١ فقره ٩٢ ، ودلاجراسرى ص ٤٥ و ٤٦ .

(٣) قد نقل مارتى (ص ٧٢ هامش ٤) بعض ما قاله بعض أعضاء مجلس الأعيان ومجلس النواب تأييداً لهذا القانون .

٣٤ — وما كان لهذا القانون وهو يكتب الغلبة لمحاكم الاستئناف على محكمة النقض فى تفسير القانون أن يبقى إلا ريثما يتلطف إلى إلغائه أو إبداله بقانون آخر يصيب وجه الرأى بإعطاء الكلمة العليا لمحكمة النقض ؛ فلما حانت الفرصة أصدرت الدولة فى أول ابريل سنه ١٨٣٧ قانوناً أوجبت به على محكمة الاحالة الأخذ برأى دوائر محكمة النقض المجتمعة فى القضية المحالة إليها ، فانتصر بذلك مذهب من يرى أن الغرض من إنشاء محكمة النقض إنما هو تحقيق توحيد العمل بالقانون فى الدولة بتوحيد القضاء به[1] .

على أن هذا القانون الأخير إذا كان لم يقصد به إلا تقرير ما يكون لأحكام دوائر محكمة النقض المجتمعة من القوة والاعتبار لدى محكمة الاحالة فى المسألة التى بنى عليها حكم النقض ، فقد لاحت فيه مع ذلك أشراط فوز المذهب الجديد وبدت منه لمحكمة النقض أعلام الطريق القويم فى وجوب بسط رقابتها على تفسير القانون وتطبيقه .

وفى الحق أن محكمة النقض إذا كان لا يحق لها فى سبيل توحيد القضاء واستقراره أن تعتبر نفسها درجة ثالثة تتصدى للفصل فى موضوعات القضايا حسما للنزاع فيها ، فإنه لا يصح منها أن تكتفى بنقض الأحكام المبنية على مخالفة القانون مخالفة صريحة ، بل يكون عليها أن تقوم المعوج من الأحكام الخاطئة فى تفسير القانون بإلزام محكمة الاحالة باتباع رأيها فيما أخذت هى به من هذا التفسير . ومتى صح القول بأحقية محكمة النقض فى بسط رقابتها على تفسير القانون صح كذلك القول بأحقيتها فى الرقابة على تطبيق القانون ، لأن الذى يهم الناس ليس هو التفسير النظرى الصحيح للقانون ، بل هو حسن سير العدالة بتطبيق القانون عليهم تطبيقاً واحداً . فما لم تراقب محكمة النقض تفسير القانون وتطبيقه

(١) وقد أورد مارتى بالصحيفة ٧٤ أقوال بعض خصوم هذا القانون نقلا عن محاضر جلسات البرلمان .

فلا توحد للقانون ولا استقرار للقضاء به على وتيرة واحدة [١] .

٣٥ — وهذا التدرج فى الأفكار والآراء حول ما ينبغى أن تحققه محكمة النقض من الأغراض والمقاصد حتى انحسرت عنها ظلال الإبهام وحجب الريب — هذا التدرج كان يقابله ويعاصره تدرج مثله فى عمل محكمة النقض انتهت فيه ، أو كادت ، إلى مثل ما انتهى إليه المنطق الصحيح من أن الغرض من إنشاء محكمة النقض هو حسن سير العدالة بتوحيد القضاء وتثبيته فى كافة أنحاء الدولة .

بدأت محكمة النقض الفرنسية تدرجها هذا بتأوّل ماورد بالمادة الثالثة والمادة الخامسة والعشرين من قانون سنة ١٧٩٠ وبالمادة التاسعة عشرة من دستور ٣ — ١٤ سبتمبر سنة ١٧٩١ وبالمادة التاسعة والتسعين من دستور ٢٤ يونيه سنة ١٧٩٣ وبالمادة ٢٥٥ من دستور ٥ فريكتيدور سنة ٣ (٢٢ أغسطس سنة ١٧٩٥) وبالمادة ٦٦ من دستور ٢٢ فريمور سنة ٨ (١٣ ديسمبر سنة ١٧٩٩) وبالمادة السابعة من قانون ٢٠ أبريل سنة ١٨١٠ — بدأت تتأول ماورد بهذه المواد من كون المخالفة التى بنى عليها الحكم المطعون فيه يجب أن تكون مخالفة صريحة للقانون (une contravention expresse au texte de la loi) ou (une contravention expresse aux lois)

وما ورد كذلك بالمادة ٨٨ من الباب السادس من قانون ٢٧ فنوز سنة ٨ من وجوب كون الحكم المطعون فيه مناقضاً للقانون مباشرة (Jugement directement contraire aux lois)

بدأت تتأول هذه النصوص فصرحت فى بعض أحكامها أن الشارع لا يقصد من كون الحكم مبنيا على مخالفته لنصوص القانون إلاّ أن يكون مخالفاً لمعناها المعقول المقبول (à son sens raisonnable)

---

(١) وقد ألمع إلى هذا المعنى وزير الحقانية برسيل فى جلسة مجلس النواب المنعقدة فى ٣١ مارس سنة ١٨٣٧ حين قال : إن الدولة لم تنشىء محكمة النقض إلا لحسن سير العدالة وتوحيد القضاء ، وجعله فى بوردو كما هو فى باريس ، فاذا لم تبلغ محكمة النقض غايتها من ذلك برقابة تفسير القانون وتطبيقه فلا فائدة منها (مارتى ص ٧٤) .

وهكذا قبلت الطعن فى الحكم لمخالفته لروح القانون[1]. وما أقرب هذه الحالة من حالة الطعن للخطأ فى تطبيق القانون ! ثم تدرجت من ذلك إلى القضاء بنقض الأحكام لخطأ فى تفسير القانون[2].

أما الخطأ فى تطبيق القانون فقد ابتدأت الدائرة الجنائية تعتبره حالة من حالات الطعن ، تطبيقاً لنص المادة ٢٣ من الباب الثامن من قانون ١٦ — ٢٩ سبتمبر سنة ١٧٩١[3] ، وللأمر العالى الصادر فى ٢٩ سبتمبر و ٢١ أكتوبر سنة ١٧٩١[4] ، وللفقرة الأولى من قانون الجنح والعقوبات الصادر فى ٣ بريمور سنة ٤ ، ولما أفادته ضمنا المواد ٤١٠ و ٤٢٩ و ٤٣٤[5] من قانون تحقيق الجنايات .

أما الدائرة المدنية فقد أبطأت فى اعتباره كذلك لعدم ورود نصوص من الشارع تؤيد هذا الاعتبار ، ثم ابتدأت على الرغم من ذلك تذكر فى بعض أسباب أحكامها الخطأ فى تطبيق القانون[6] ، ثم مدت رقابتها إلى الخطأ فى تكييف فهم الواقع بحكم القانون[7] ، ثم إلى تكييف هذا الواقع بحكم العقد . لكن ميدان

(١) وقد استشهد مارتى فى ذلك بحكم ٤ ترميدور سنة ٩ (س ١٨٠١ — ١ — ٤١) وحكم ٢ فريمور سنة ٩ (مارتى هامش ١ ص ٧٦) .

(٢) ن . ف ١٦ فبراير سنة ١٨١٤ (س ١٨١٤ — ١ — ١١٨) .

(٣) وجاء فيها : Dans le cas où le jugement aura été annulé à raison de fausse application (ريرتوار دالوز ص ٢٤ هامش ٣) .

(٤) وجاء فيها : Les demandes en cassation ne pourront être formées que pour causes de nullite prononcées par la loi.... ou pour fausse application de la loi (ريرتوار دالوز ص ٢٤ هامش ٧) .

(٥) ن . ف ٢٦ فريكتيدور سنة ٤ (ريرتوار دالوز تحت كلمة نصب فقرة ١٧٩٦) .

(٦) ن . ف ٢٢ ميسيدورسنة ٩ (ريرتوار دالوزفقرة ٢٠٤٤ تحت كلمة Commune) .

(٧) ن . ف ٣ جرمنيال سنة ١٠ (س ١٨٠٢ — ١ — ٨٤) وحكم الدوائر المجتمعة فى ٢٥ فريمور سنة ١٠ (س ١٨٠٢ — ١ — ٢٣) ، وحكم هذه الدوائر فى ٢٦ يوليه سنة ١٨٢٣ (س ٢٣ — ١ — ٣٨٠) ، وقد جاء فى هذا الحكم ما نصه :

« Attendu que la cour de cassation a le droit d'appécier le mérite des arrêts des cours royales lorsque ces arrêts déterminent le caractère des contrats dans leur rapport avec les lois qui en assurent la validité; qu'il serait contraire au but de son institution qu'elle dût s'abstenir d'annuler =

هذه الرقابة أخذ منذ ذلك العهد يضيق ثم يتسع ثم يعود إلى الضيق ثم إلى السعة على ما ستعرفه عند الكلام على مخالفة القانون والخطأ فى تطبيقه وفى تأويله .

٣٦ — والذى يهم استخلاصه فى ختام هذه الكلمة التاريخية أمران :

أولهما : أن نقض الأحكام المخالفة للقانون بعد أن كان وظيفة سياسية يقوم بها فى سبيل المصلحة العامة مجلس الملك ثم مجلس النقض ، قد أصبح وظيفة من وظائف السلطة القضائية ، تقوم بها محكمة النقض تمكيناً للقانون والقضاء به على منوال واحد فى أنحاء الدولة .

وثانيهما : أن محكمة النقض الفرنسية — على الرغم من تلك النصوص القديمة القاصرة المبعثرة فى مختلف اللوائح والأوامر والقوانين — هى التى استطاعت بنفسها أن تحدد ما يكون لها أن تراقبه وألا تراقبه من أجناس المسائل التى تعرض عليها ، وكثيراً ما مالت فى ذلك إلى تجاوز حدود ميدان الخطأ فى القانون إلى ساحة الخطأ فى الواقع ، وبالعكس ، على ما ستراه فى فصول هذا الكتاب .

هذه كلمتنا الإجمالية فى تاريخ نظام النقض الفرنسى ، وسنتلو عليك من تفاصيل هذا النظام فى كل فصل من فصول هذا الكتاب ، ما تستيقن به أن المشرع المصرى قد أحسن فى الاقتباس وخطا بالنظام المصرى الذى وضعه نحو الكمال خطوات واسعة موفقة .

= ces arrêts lorsque, ayant donné des fausses qualifications aux contrats...., ils les auraient affranchis des règles spéciales auxquelles ils étaient soumis, ou les auraient soumis à des règles qui ne pouvaient pas leur être appliqueés.... »

الباب الثالث

فى نظام محكمة النقض والإبرام المصرية

الفصل الأول

فى تشكيل محكمة النقض والإبرام

---

٣٧ — « تؤلف محكمة النقض والابرام من دائرتين ، إحداهما لنظر المواد المدنية ، والأخرى لنظر المواد الجنائية . ويكون تخصيص القضاة الذين تتألف منهم كل دائرة بقرار تصدره سنويا الجمعية العمومية لمحكمة النقض والابرام » .

« وتصدر الأحكام من خمسة مستشارين ، فإذا نقص قضاة إحدى الدائرتين عن خمسة بسبب مرض أو غياب ، وفّى هذا العدد بمستشارين من قضاة الدائرة الأخرى يعينهم رئيس المحكمة »[١] .

وتقول المذكرة الايضاحية فى شرح هذه المادة : « ولكى تتمكن محكمة النقض والإبرام من أداء وظيفتها فى جعل قضاء المحاكم مستقرا ، كان من الضرورى أن يتمكن القضاة من التخصص فى أحد هذين النوعين من القضايا . وللوصول إلى هذه الغاية ، اقترح بعضهم أن يكون تخصيص القضاة للدائرة المدنية أو للدائرة الجنائية بصفة تشبه أن تكون مستديمة ، وذلك بموجب مرسوم التعيين ، أو بموجب مرسوم آخر يصدر عند صدور ذلك المرسوم ؛ ولكنه رؤى من الأفضل — توفيقاً بين ميول القضاة واستعدادهم الشخصى

---

(١) المادة ١٢ مكررة المضافة إلى لائحة ترتيب المحاكم الأهلية بالمادة الأولى من قانون إنشاء محكمة النقض رقم ٦٨ سنة ١٩٣١ الصادر فى ٢ مايو سنة ١٩٣١ .

و بين مصادفات الخلو فى المناصب ، وعملاً على إيجاد شيء من المرونة فى قاعدة التخصيص — أن يترك الأمر لمحكمة النقض والإبرام نفسها ، فتقضى فيه وهى منعقدة بهيئة جمعية عمومية » .

« و يرأس كل من رئيس المحكمة ووكيلها ، الدائرتين حسب تخصص كل منهما . وقد رؤى أنه يكفى أن تصدر أحكام محكمة النقض والإبرام من خمسة قضاة إذ كانت أحكام محكمة الاستئناف يصدرها ثلاثة قضاة فقط ، ولأنه لم يثبت قط أن الاستكثار من الآراء فوق حد معين من شأنه أن يقلل من احتمال الخطأ . على أن الإكثار من عدد القضاة فى المحكمة يزيد فى صعوبة فحص القضايا والمداولة فيها » . (١)

فالشارع لم يقصد بنص المادة المتقدمة تحريم قاعدة التخصص والتشجيع على توزيع العمل بطريق التبادل ، ولا منع محكمة النقض من أن يكون لها تقاليد فى اتباع قاعدة التخصص و بقاء استمرار كل قاض من قضاتها على العمل فى الدائرة التى خصص لها حين البدء فى العمل ، بل كل ما أراده من ترك الأمر فى توزيع العمل للمحكمة نفسها هو إيجاد شيء من المرونة فى قاعدة التخصص ، وذلك بأن يكون لها هى تقدير الظروف والملابسات ومقتضياتها والتوفيق بينها و بين قاعدة التخصص . وقد جرت محكمتنا على ذلك منذ تشكيلها للآن (٢—٣)

---

(١) المذكرة الايضاحية ص ١٧ و ١٨ .

(٢) وعلى الرغم من وجود نص قديم فى فرنسا يقضى بتغيير تشكيل دوائر المحكمة واتباع قاعدة التبادل فى العمل بين القضاة التى يجرى عليها العمل أمام المحاكم جميعها فقد استقر فى محكمة النقض الفرنسية نظام التخصص (جارسونيه ج ١ فقرة ٨٩ ، وتيسيه ج ١ ص ٢٥٦ وجابيوث فقرة ٣٨٩) .

(٣) ألفت الدائرة المدنية أولا من سعادة وكيل المحكمة عبد الرحمن ابراهيم سيد احمد باشا ومن البكوات المستشارين مراد وهبه ، وحامد فهمى ، وعبد الفتاح السيد ، وأمين أنيس باشا . والدائرة الجنائية من رئيس المحكمة ومن البكوات المستشارين محمد لبيب عطيه ، وزكى برزى ، ومحمد فهمى حسين ، وأحمد أمين .

٣٨ — ومن يقارن بين تشكيل محكمة النقض المصرية ومحكمة النقض الفرنسية يجد الفروق الآتية :

أولاً : اكتفى شارعنا بخمسة من المستشارين تتشكل منهم كل دائرة من الدائرتين المدنية والجنائية ، فى حين أن محكمة النقض الفرنسية تتألف من ثلاث دوائر كل دائرة منها تتألف من ستة عشر مستشاراً يجلس منهم للحكم أحد عشر على الأقل [١] . وقد أشار الشارع إلى صواب رأيه فى ذلك بما قاله فى المذكرة الإيضاحية « من أنه لم يثبت قط أن الاستكثار من الآراء فوق حد معين من شأنه أن يقلل من احتمال الخطأ ، على أن الإكثار من عدد القضاة فى المحكمة يزيد فى صعوبة فحص القضايا والمداولة فيها » .

ثانياً : استغنى عن إنشاء دائرة ثالثة تكون مهمتها — كدائرة العرائض فى محكمة النقض الفرنسية — النظر فى الطعون المدنية وبحثها بعد أن تسمع أقوال محامى الطاعن وأقوال النيابة العامة ، ثم تقرير إحالتها إلى الدائرة المدنية أو رفضها ، بحسب ما تراه هى من احتمال قبولها أو عدم احتماله . ولعله أخذ بما وجه من نقد [٢]

(١) وعدد مستشارى محكمة النقض البلجيكية سبعة عشر منهم رئيس المحكمة ورئيس دائرة ، وخمسة عشر مستشاراً (المادة ١١٩ من قانون ترتيب المحاكم الصادرة فى ١٨ يونيه سنة ١٨٦٩) وهى تتألف من دائرتين : دائرة مدنية وأخرى جنائية . وتصدر الأحكام عن سبعة مستشارين على الأقل (المادة ١٣٢ من القانون) والقاعدة الجارية بينهم هى التبادل فى العمل (المادة ١٩٣ و ١٩٤ و ١٩٥ من القانون) .

(٢) ولدائرة العرائض بمحكمة النقض الفرنسية مادحون وقادحون ، ولكل حجج . فحجة الأولين أن دائرة العرائض تغربل الطعون فتستبعد منها ما يكون غير مقبول أو متعين الرفض وتحيل ما يستحق النظر والبحث إلى الدائرة المدنية ، فتخفف بذلك أعباء العمل عن هذه الدائرة وتستطيع هى القيام بمهمتها على الوجه الأكمل . ويضيفون إلى ذلك قولهم أن لا ضرر على الطاعن من أن تصدر دائرة العرائض حكمها برفض طعنه أو بعدم قبوله ، لأنها من جهة هى هيئة لا يقل أعضاؤها خبرة وعلما عن أعضاء الدائرة المدنية ، ولأنها من جهة أخرى لا تصدر حكمها إلا بعد بحث مستوف وبعد سماع أقوال الطاعن واستيفاء كل الضمانات التى تكفل له حرية الدفاع . وكذلك لا ضرر على خصمه من أن يمر الطعن بدائرة العرائض قبل إحالته إلى الدائرة المدنية ، لأنه ما دام لا يدعى إلى المرافعة أمام هذه الدائرة فهو لا يتحمل من أعبائها أى حمل أو أية مؤونة ، ولأنها إن قضت برفض الطعن فقد انتهى الأمر وكسب الخصومة قبل أن يدخل فى غمارها . ثم =

إلى نظام دائرة العرائض فى فرنسا ولاحظ أنه لا وجود له فى غيرها من البلاد[(١)] ، أو لعله لاحظ أن الأحكام التى جوّز هو الطعن فيها بالنقض تكفيها دائرة واحدة من غير ما حاجة إلى دائرة للعرائض . والمستقبل هو الكفيل بإظهار ما إذا كانت الدائرة المدنية تبقى كافية للفصل فيما يرفع اليها من طعون أو يتسع عليها العمل فيتعين التفكير فى إدخال أحد النظامين : نظام دائرة العرائض أو نظام تعدد الدوائر المدنية .

ثالثاً : استغنى عن نظام عقد دائرتى محكمة النقض مجتمعتين للحكم فى القضايا فى بعض الظروف ، لأخذه فيما يتعلق بسلطة محكمة النقض بقاعدة غير القاعدة التى دعت فى النظام الفرنسى إلى عقد محكمة النقض بدوائرها المجتمعة . وسيأتى تفصيل ذلك .

= ان هؤلاء لايرون عيباً فى مرور الطعون التى يقضى بقبولها فى النهاية بدائرتين تقبلها كل منهما بعد بحث وتمحيص ، بل يرون فيها مزية وضمانة تكفل حماية الأحكام الانتهائية من أن تمس بالنقض قبل بحثها بحثاً مزدوجاً بالغاً الغاية فى الدقة ، ويغتفرون فى سبيل تحقيق هذه الضمانة مضاعفة المصاريف بل يبررون ازدياد المصاريف بما يقابله من سهولة الاجراءات وقلة النفقات فى الصور التى تقضى فيها دائرة الطلبات برفض الطعن .

أما العائبون على دائرة العرائض فيقولون إنها تخرج عن مهمتها فتدقق فى بحث الطعون وترفض كل طعن لا تراه واجب القبول ، ولو كان جديا ومحتمل القبول (وقد أحصوا أنها ترفض ثلثى الطعون التى تعرض عليها) . وقد أدى ذلك إلى أن يكون لها قضاء ثابت فى بعض المسائل القانونية مخالف لقضاء الدائرة المدنية نفسها . وعللوا ميل دائرة الطلبات إلى التوسع فى اختصاصها بشعور قضاتها بأنهم — وهم لا يقلون شأناً عن زملائهم قضاة الدائرة المدنية — لا ينبغى أن يكون عملهم مقصوراً على مجرد تحضير الطعون وتصفيتها باستبعاد ما كان منها ظاهر الرفض أو عدم القبول (راجع فى تلخيص حجج الفريقين جارسونيه ج ١ فقرة ١٠٢ وتيسيه ج ١ ص ٢٦١ — ٢٦٣ ودلاجراسرى ص ٣٧ — ٤١) . ولا يرى القائلون بالغاء نظام دائرة العرائض مانعاً من تعدد الدوائر المدنية ، بشرط أن يحتاط لمنع وقوع الخلاف بينها بتخصيص كل دائرة بنوع معين من القضايا ، وإحالة الأمر إلى هيئة الدوائر المجتمعة كلما رأت إحداها العدول عن قضاء سابق لدائرة أخرى (دلاجراسرى ص ٤٠ — ٤١ والمراجع التى أوردها جارسونيه بهامش رقم ٧ فقرة ١٠٢) .

(١) وقد عدلت عن نظام دائرة العرائض البلاد التى بدأت بالعمل به (راجع فى ذلك دلاجرسرى ص ٣٩ — ٤٠) .

الفصل الثانى

فى مستشارى محكمة النقض

٣٩ — تعيينهم : يشترط فيمن يعين مستشاراً بمحكمة النقض ألا تقل سنه عن خمس وأربعين سنة وأن يتوافر فيه أحد شروط أخر تكفل له الخبرة القضائية الكافية والمران الطويل فى القانون وهى :

(ا) أن يكون قد شغل مدة سنة على الأقل وظيفة رئيس أو وكيل لمحكمة استئناف أو نائب عام .

(ب) أن يكون قد شغل مدة ثلاث سنوات على الأقل وظيفة مستشار بمحكمة استئناف أو مستشار ملكى أو أفوكاتو عمومى لدى محكمة النقض .

(ح) أن يكون قد اشتغل مدة سبع سنين على الأقل بالتدريس بكلية الحقوق الملكية بصفة أستاذ أو أن يكون اسمه مقيداً منذ عشر سنين على الأقل بجدول المحامين المقبولين للمرافعة أمام محكمة النقض والإبرام [١] .

وقد نصت المادة ٤٥ من قانون انشاء محكمة النقض على أن أحكام المادة الثانية الخاصة بالشروط الواجب توافرها فيمن يعين من القضاة والموظفين مستشاراً بمحكمة النقض لا تسرى عند أول تشكيل لها . وبمقتضى هذه المادة شكلت هذه المحكمة من صاحبى السعادة عبد العزيز باشا فهمى رئيساً ، والمرحوم عبد الرحمن باشا سيد أحمد وكيلاً ، ومن حضرات أصحاب السعادة والعزة مصطفى محمد بك ، ومحمد

(١) الفقرة الأخيرة التى أضافتها المادة الثانية من قانون محكمة النقض إلى المادة ٣٧ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية . قارن هذا بنص المادة ١٧ من القانون الفرنسى الصادر فى ٢٨ أبريل سنة ١٩١٩ المبينة للطبقات التى يجوز انتخاب مستشارى محكمة النقض الفرنسية منها (ملحق تعليقات دالوز على قانون المرافعات ص ١٦٤ بالهامش نمرة ١) .

لبيب عطية بك ، ومراد وهبة بك ، وزكى برزى بك ، ومحمد فهمى حسين بك ، والمرحوم أحمد أمين بك ، وحامد فهمى بك ، وعبد الفتاح السيد بك ، وأمين أنيس باشا مستشارين .

٤٠ — **ندبهم لمحكمة استئناف مصر** : وقد أجازت الفقرة الثانية من المادة ٥١ من هذا القانون لوزير الحقانية عند الضرورة ، بناء على عرض كل من رئيس محكمة النقض ورئيس محكمة استئناف مصر ، أن يندب من مستشارى محكمة النقض من يشتغلون مؤقتاً بمحكمة استئناف مصر [١] .

٤١ — **تقاعدهم** : ولكى تتم الاستفادة من خبرة المستشارين بمحكمة النقض ويضمن استقرار الأحكام وثباتها باطالة مدة بقائهم فى الخدمة ، قد حددت المادة الثالثة من هذا القانون سن تقاعد المستشارين بخمس وستين سنة [٢] . ونصت المادة الثانية والخمسون على تطبيق أحكام القانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٢٩ على مستشارى محكمة النقض ، وكذلك على تأليف اللجنة المنصوص فيه عليها من رئيس المحكمة ووكيلها ، وخمسة من مستشاريها تنتخبهم الجمعية العمومية كل سنة للنظر فى حالة من يصبح منهم غير أهل لأداء وظيفته .

٤٢ — **تأديبهم** : وقد جعلت المادة ٥١ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية المعدلة بالمادة الخامسة من قانون محكمة النقض تأديب المستشارين لديها من اختصاصها هى مجتمعة بهيئة جمعية عمومية . وخولت المادة ٥٢ من تلك اللائحة المعدلة بالمادة الخامسة المذكورة لرئيس محكمة النقض حق الرقابة والإشراف على مستشاريها ، وأجازت له تنبيه من يخل منهم بواجباته أو بأعمال وظيفته ، وأن يكون التنبيه مشافهة أو كتابة وتبليغ التنبيه الكتابى إلى وزارة الحقانية .

---

(١) الفقرة الثانية من المادة الحادية والخمسين من قانون محكمة النقض .

(٢) وقد حدد قانون أول مارس سنة ١٨٥٢ سن تقاعد المستشارين بمحكمة النقض الفرنسية بخمس وسبعين سنة (جارسونيه ج ١ فقرة ١٤٠) .

وتقول المذكرة الإيضاحية إنه بمناسبة إنشاء محكمة النقض قد عدلت أحكام التأديب وجعلت مطابقة للأحكام المتبعة فى المحاكم المختلطة (المواد ١٣٩ — ١٤٨ من لائحة الاجراءات العمومية) ، وفى فرنسا وفى بلجيكا ، فجعل لرؤساء جميع المحاكم حق الرقابة والاشراف على المستشارين والقضاة بمحاكمهم لأن رئيس المحكمة بحكم مركزه وخبرته واتصاله المباشر بالقضاة يكون أقدر على بذل النصح والارشاد لهم ، وفوض إليهم تبعاً لذلك تنبيه قضاة محاكمهم ، غير أنه لم يعد لهذا التنبيه صفة العقوبة التأديبية بل هو معتبر أنه مجرد إجراء إدارى [1].

الفصل الثالث

فى وظيفة النيابة العمومية أمام محكمة النقض

٤٣ — لقد لاحظ الشارع أن قضايا النقض لها تعلق بالمصلحة العامة من ناحية أن محكمة النقض إنما تفصل فى المسائل القانونية توحيداً لأحكام القضاء وعملا لاستقراره فيها على وجه واحد ، وأنه ينبغى لهذه المحكمة أن تقضى فى تلك المسائل بعد بحثها وتمحيصها وتقليبها على كل وجوهها ، حتى يجىء قضاؤها فيها أقرب إلى الكمال وأبعد عن الخطأ — لاحظ هذا ثم لاحظ أن النيابة العمومية هى الجهة المكلفة بالسهر على تنفيذ القوانين والإشراف على كل ماله اتصال أو تعلق بالمصلحة العامة ، فجعل من وظائفها مساعدة القضاء فى وضع القواعد القانونية الصحيحة بإبداء الرأى فى القضايا التى تعرض على محكمة النقض كتابة ثم مشافهة [2].

---

(١) المذكرة الإيضاحية ص ١٩ . حق التنبيه المشار إليه فى المتن مستمد من المواد ١٣٩ — ١٤٢ من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة ، ومن المادة ٤٩ من القانون الصادر فى فرنسا فى ٢٠ أبريل سنة ١٨١٠ ، وأخيراً من القانون الصادر فى فرنسا فى ٣٠ أغسطس سنة ١٨٨٣ (راجع تيسيه جـ ١ فقرة ٧٢) .

(٢) المادتان ٢٤ و ٢٨ من قانون محكمة النقض .

وتقول المذكرة الايضاحية فى ذلك : « لقد رئى فى المشروع إيجاب سماع أقوال النيابة العمومية إذ لا شك فى أن حضورها أمام أعلى هيئة قضائية — متكلمة باسم القانون — يعد ضمانة جليلة القدر لاستيفاء بسط المسائل أمام تلك الهيئة . وفى البلاد الأوروبية التى لها نظام قضائى شبيه بنظامنا كبلجيكا وفرنسا وإيطاليا يجب دائماً سماع النيابة العمومية فى القضايا التى ترفع إلى محكمة النقض والإبرام[1] » .

وقد قال رئيس محكمة النقض فى كلمة الافتتاح التى ألقاها بجلسة ٥ نوفمبر سنة ١٩٣١ بعد أن بين أن مهمة القضاة هى « البحث للمقارنة والمفاضلة والترجيح » وذكر أن على المحامين « مهمة البحث للابداع والابداء والتأسيس » قال : « إن مهمة النيابة من المهمات المضنية وربما كانت أشق من مهمة المحامين فيما يتعلق بتقدير وجه الصواب والخطأ فى المسائل القانونية والترجيح بينهما إذ لها فيها الترجيح الأول وللقاضى الترجيح الأخير . على أن لها أيضاً فى أحوال كثيرة مهمة الابداء والابداع كالمحامين . فأعضاء النيابة يجمعون بين عمل الطرفين ويتحملون مشقتهما . ولا يؤيد ذلك مثل الدفع الذى ترونه اليوم مقدما من النيابة العمومية[2] مما لم يجل فى خاطر القضاة » .

وتحقيقاً لتمام الاستعانة بالنيابة العمومية فى مراقبة تطبيق القانون واتباع نصوصه أوجبت عليها المادة ٢٣ ملاحظة أن تكون الإجراءات المنصوص عليها

(١) ثم جاء بتلك المذكرة ما مؤداه أن المشرع ، بعد إنعام النظر فيما إذا كان ثمة وجه لانشاء نيابة خاصة بمحكمة النقض على مثال ما هو متبع فى بعض البلاد ، رأى أن الأسهل والأيسر عدم تعديل النظام الحالى الذى يقضى بإيجاد نيابة عمومية واحدة بالقطر كله ، ما دام أن القاعدة فى مصر هى وحدة النيابة ، وأن لهذه الوحدة مزاياها . ولهذا نص فى الفقرة الثانية من المادة ٥٨ المعدلة بالمادة الرابعة من قانون محكمة النقض ، على أن يقوم بتأدية وظيفة النيابة العمومية أمام محكمة النقض ، النائب العمومى ، أو أحد الأفوكاتية العموميين ، أو أحد رؤساء النيابة .

(٢) يشير رئيس المحكمة إلى دفع أبدته النيابة فى عدة قضايا بعدم قبول الطعن بناء على أنه قد رفع عن أحكام صدرت قبل العمل بقانون محكمة النقض . وقد قضت المحكمة برفض الدفع استناداً إلى المادة ٤٧ من القانون (فقرة أولى) .

فى المواد ١٥ وما يليها مرعية (وهى الاجراءات والمواعيد المتعلقة بالطعن فى الأحكام فى قلم كتاب المحكمة وبايداع الكفالة ، و بإعلان الطعن إلى جميع الخصوم ، وبايداع الأوراق والمذكرات والمستندات) . وظاهر أن المقصود من ملاحظة اتباع الاجراءات المذكورة هو تنبيه المحكمة على ما يقع من مخالفة لها حتى تقضى بالجزاء الذى يرتبه القانون على مخالفتها .

٤٤ — **الطعن أمام محكمة النقض لمصلحة القانون** : على أن الشارع لم يذهب مذهب القانون الفرنسى ، فلم يأذن للنائب العمومى بالطعن أمام محكمة النقض فى أحكام محاكم الاستئناف لخطأ فى القانون ولو لم يرفع أحد من الخصوم نقضاً عنها ، وهو الذى يسمونه فى فرنسا الطعن أمام المحكمة لمصلحة القانون dans l'interêt de la loi ولا يترتب عليه أى أثر سوى أنه يسمح للمحكمة العليا بالفصل نظريا فى نقطة قانونية لارشاد المحاكم فى قضائها . أما الاجراءات الخاصة بهذا الطعن فتجرى أمام المحكمة بدون تدخل الخصوم الذين حضروا فى الدعوى الأصلية ، ولا يكون لحكم محكمة النقض والإبرام فى هذه الحالة أى تأثير فى تنفيذ الحكم المنقوض و إنما يسجل فقط فى سجل المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه(١) .

وتقول المذكرة الايضاحية فى ذلك إنه مع ما فى هـذا النظام من الفائدة فإنه رؤى أنه يحسن الآن ألا يثقل كاهل محكمة النقض بعمل يمكن القول بأنه نظرى . و إذا رؤى فى المستقبل ضرورة لذلك فمن السهل حينئذ اصدار قانون جديد يأذن للنيابة العمومية بالطعن أمام محكمة النقض والإبرام لمصلحة القانون .

على أن نظام نقض الأحكام لمصلحة القانون فضلا عن أنه ليس معمولا به فى كل البلاد فهو لم يسلم من النقد فى فرنسا ذاتها ، فقد قيل إنه نظام لا يستقيم مع المنطق ولا يتفق مع الأصول العامة ، سواء أجعل لحكم النقض تأثير فى حقوق

(١) المذكرة الايضاحية (ص ٢٠ و ٢١) .

الخصوم أم لم يجعل له أى تأثير فيها . ذلك بأنه إن جعل له تأثير فى الحقوق المقررة بالحكم المنقوض فانه يكون من شأن هذا الجعل المساس بالأحكام التى حازت قوة الشىء المحكوم به وقبلها المحكوم عليهم واستقرت عليها حقوق الطرفين نهائياً ، و إن لم يجعل له تأثير فى حقوق الخصوم ، فانه يكون من شأن ذلك إبقاء الأحكام التى ثبتت مخالفتها لحكم القانون ، ولو بلغت هذه المخالفة حد الاخلال بقواعد النظام العام . ومن التناقض نقض الحكم على معنى مع بقائه على معنى آخر[١] . يضاف إلى ذلك أن محكمة النقض والابرام — و إن كانت وظيفتها الاشراف على تطبيق القوانين والعمل على استقرار الأحكام فى سبيل المصلحة العامة — ليست دار إفتاء ، بل هى محكمة قضائية قبل كل شىء ، فيجب ألا تنظر إلا فى المنازعات التى يرفعها اليها الخصوم أنفسهم بقصد الحكم فيها بينهم والتأثير بحكمها فى حقوقهم .

و إذ كان نظام القضاء الأهلى لا يجيز حضور النيابة أمام المحاكم المدنية (عدا محكمة النقض والإبرام) وكان القضاء محروماً بذلك من مساعدتها فى سائر خطوات التقاضى ، فر بما كان الأصلح أن يسمح للنيابة بالطعن فى الأحكام النهائية أمام محكمة النقض ، بشرط أن يكون الطعن مبنيا على سبب متعلق بالنظام العام ، و بشرط أن يمحو الحكم الصادر بقبول الطعن كل أثر للحكم المطعون فيه حتى فيما بين طرفى الخصومة .

---

(١) دلاجراسرى ص ٦٥ — ٧١ .

الفصل الرابع

فى المحامين أمام محكمة النقض

٤٥ — **الاستعانة بالمحامين** : أوجب القانون على الخصوم أن ينيبوا عنهم محامين فى القيام بالاجراءات وفى المرافعة أمام محكمة النقض ، فنص على أن يحصل الطعن بالنقض فى المسائل المدنية بتقرير يوقعه أحد المحامين المقبولين للمرافعة أمام المحكمة (المادة ١٥) ، وأن تكون المذكرات التى يودعها الخصوم موقعاً عليها من أحد المحامين ، وأن يكون تقديم المستندات بموجب حافظة موقعة من أحد المحامين كذلك (المادة ٢٢) ، وحرم على الخصوم الحضور شخصيا أمام المحكمة من غير محام معهم (المادة ٣٦) .

وظاهر أن الشارع قد خرج بهذه النصوص على القاعدة العامة المقررة فى المادة ٧٠ من قانون المرافعات ، وهى التى تبيح للمتقاضين الحضور بأنفسهم أمام المحاكم . وعلة ذلك أن محكمة النقض — وهى لا تنظر إلا فى المسائل القانونية البحتة — يجب أن يتولى تقديم الطعون اليها والمرافعة فيها أمامها المحامون وحدهم ، حتى يقوم ببحث المسائل القانونية وعرضها على المحكمة ومساعدتها فى الوصول إلى الرأى الصحيح فيها ، أقدرُ الناس على القيام بها ، وحتى لا يسرف الخصوم — إذا ترك لهم الأمر شخصيا — فى رفع الطعون غير المقبولة ، أو الواجبة الرفض ، فتزدحم جداول المحكمة بهذه الطعون و يضيع وقتها فى نظرها أو فى سماع أقوال خارجة عما يجب حصر الكلام فيه أمامها .

٤٦ — **المحامون لدى محكمة النقض** : ولم يكتف الشارع بايجاب توكيل محام مّا ، بل رأى أن يكون المحامون الذين يشتركون مع محكمة النقض فى المسائل

القانونية العويصة مختصين بقدر ما ، حتى تكون الدعوى قبل رفع النقض قد درست بوساطة فقيه ذى خبرة لا يرفع النقض إلى المحكمة إلا إذا كانت النقطة القانونية التى يثيرها تستحق بحثاً على يد أعلى هيئة قضائية فى البلاد[1] .

ولذلك أهمل فكرة الترخيص لجميع المحامين المقبولين أمام محكمة الاستئناف بالحضور أمام محكمة النقض ، وقصر حق الحضور أمام محكمة النقض على المحامين المقيدين فى جدولها[2] . ولكنه لم يذهب إلى قصر المحاماة أمام محكمة النقض على « هيئة خاصة من بين المحامين » بل رأى من الأصوب فى مهنة قوامها الحرية أن يكتفى بتحتيم شروط الخبرة والتمرين ، فجعل اشتغال المحامى سبع سنوات أمام محكمة الاستئناف شرطاً لازماً لقبوله للمرافعة أمام محكمة النقض ، وجعل لهذه المحكمة أن تقدر بعد ذلك ما إذا كان هذا الاشتغال فعليا وكافياً للدرجة التى تؤهله للمرافعة أمامها أولا ، وما إذا لم تكن هناك موانع أخرى تمنع من قبوله .

وتقول المذكرة الايضاحية بعد ذلك :

« وبهذه الطريقة يكون باب القبول أمام محكمة النقض والإبرام مفتوحاً لكل محام اشتغل أمام محكمة الاستئناف سبع سنوات ، ولكن يجب أن يكون قبوله مبنيا على ما بذله من جهد وما اكتسبه من خبرة ، مما تتولى أعلى هيئة قضائية فى البلاد تقديره » .

ولهذا أضافت المادة السادسة من قانون محكمة النقض بعد المادة العاشرة من القانون رقم ٢٦ سنة ١٩١٢ مادة أصبحت المادة ١٠ مكررة ، ونصها ما يأتى :

« لا يشتغل بالمحاماة أمام محكمة النقض والإبرام إلا من أدرج اسمه بالجدول الخاص بمحامى محكمة النقض .

وكل محام اشتغل فعلا مدة سبع سنوات أمام محكمة الاستئناف ولم تصدر

---

(١) المذكرة الايضاحية ص ٢١ .

(٢) الفقرة الثانية المضافة إلى المادة ١٥ من لائحة المحاماة بالمادة ٧ من قانون محكمة النقض .

عليه فى خلال هـذه المدة عقوبة تأديبية بالايقاف ، يجوز لمحكمة النقض والإبرام قيد اسمه ، بناء على طلبه ، بجدول المحامين المقبولين أمامها .

ويحسب مدة اشتغال أمام محكمة الاستئناف ، كلُّ زمن قضاه الطالب فى القضاء ، أو النيابة ، أو عضواً بقلم قضايا الحكومة ، أو مدرس حقوق بكلية الحقوق الملكية .

ويجوز كذلك أن يقيد بجدول محامى محكمة النقض بناءً على طلبهم ، من توفرت فيهم الشروط المنصوص عليها فى القانون لمن يعين مستشاراً بمحكمة النقض .

وتقدم طلبات القيد ، مع المستندات اللازمة ، إلى رئيس محكمة النقض والإبرام ، ومتى رأت المحكمة ، مجتمعة بهيئة جمعية عمومية (بناء على التقرير الذى يقدمه الرئيس) ، أن الشروط المقررة متوفرة ، وأنه لايوجد لديها أى مانع آخر ، تأمر بقيد اسم الطالب بالجدول »(١) .

---

(١) ولقد اجتمعت الجمعية العمومية لمحكمة النقض فى ٢٠ مايو سنة ١٩٣١ ، فقال رئيس المحكمة : « قضت المادة العاشرة المكررة التى أضيفت إلى قانون المحاماة لدى المحاكم الأهلية رقم ٢٦ لسنة ١٩١٢ بمقتضى المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٦٨ سنة ١٩٣١ الخاص بانشاء محكمة النقض بضرورة إنشاء جدول خاص بالمحامين الذين يقبلون للمرافعة أمام هذه المحكمة . ولاحتمال أن يتأخر نشر هذا الجدول ، قد أباحت المادة ٤٧ من مرسوم القانون المشار إليه الواردة فى باب الأحكام الوقتية ، أن يمتد ميعاد رفع الطعن فى المواد المدنية المنصوص عليه فى المادة ١٤ إلى ثلاثين يوماً بعد نشر الجدول ، وأنه — إلى أن ينشر هذا الجدول — يجوز للمحكمة منعقدة بهيئة جمعية عمومية أن تدخل على الاجراءات والمواعيد المنصوص عليها فى هذا القانون التعديلات التى تراها لازمة لحسن سير العدالة . فالمحكمة بمقتضى المادة المذكورة فى حل من أن تبيح لمن تراه من المحامين حق التوقيع على تقارير الطعون التى تحرر بقلم كتابها كما هو مقتضى المادة ١٥ . فأقترح على الهيئة : أولا ، فيما يتعلق بانشاء الجدول — أنه متى تقدمت طلبات من المحامين لقيد أسمائهم بجدول محكمة النقض ، وقررت الجمعية قبول مائة على الأقل من مقدميها ، تسعين من المقيمين بالجهات التابعة لدائرة اختصاص محكمة استئناف مصر ، وعشرة من المقيمين بالجهات التابعة لدائرة اختصاص محكمة استئناف أسيوط ، وجب إخطار النقابة بأسمائهم ، ونشر الجدول المتضمن لها فى الجريدة الرسمية ، ويكونون وحدهم هم المقبولين للمرافعة أمام محكمة النقض ولعمل التقارير فى المواد المدنية والتوقيع عليها ؛ ويضاف إليهم طبعاً من قد يقبل طلب قيده من المحامين فيما بعد . وثانياً ، تسهيلا على خصوم الدعاوى =

٤٧ — وقد قلنا فى مقالنا « محكمة النقض المصرية [(١)] » إننا لانظن أنه يكفى لقبول الطالب محامياً لدى محكمة النقض أن يكون قد اشتغل سبع سنوات فى القضاء أو النيابة أو فى قلم قضايا الحكومة أو بالتدريس بكلية الحقوق إذا لم يكن قد أمضى

= أقترح على الجمعية العمومية التقرير بأن كل محام مقبول لدى محكمتى الاستئناف له الحق فى عمل تقارير الطعون فى المواد المدنية ، وذلك إلى أن ينشر الجدول المشار إليه فى الاقتراح الأول ويمضى ثلاثون يوماً بعد نشره حتى يصل علمه إلى الكافة ، وإذ ذاك لا يقبل للعمل إلا المحامون المقررون لدى محكمة النقض . وهذا الاقتراح لا يمس مطلقاً بما ورد فى الفقرة الأولى من المادة ٤٧ المذكورة من امتداد ميعاد رفع الطعن إلى ما بعد نشر الجدول بالنسبة للأحكام المعلنة قبل نشر القانون ولم يمض عليها الميعاد المنصوص عليه فى المادة ١٤ ، ولا بالنسبة للأحكام المعلنة بعد نشره ، بل إن تلك الأحكام جميعاً يقبل فيها الطعن طبعاً فى المواعيد الواردة بالفقرة المذكورة . وإنما الاقتراح الحالى خاص بالطعون فى الأحكام التى لم يمض عليها ميعاد المادة ١٤ وقت نشر القانون ، والتى أعلنت بعد نشره ويريد أربابها عملها قبل نشر الجدول ؛ فهذه هى المقترح إمكان حصولها من المحامين المقبولين لدى محكمتى الاستئناف بلا شرط ولا قيد ، أى فى أى وقت أرادوا إلى أن يمضى ثلاثون يوماً من تاريخ نشر الجدول . على أن الطعون التى تقدم وفق هذا الاقتراح يجب أن تراعى فيها باقى أحكام المادة ١٥ وأحكام ما بعدها من القانون » . والجمعية العمومية قررت الموافقة على هذين الاقتراحين .

ثم اجتمعت فى ١٥ يونيه سنة ١٩٣١ ، وقرأ عليها رئيس المحكمة التقرير الذى أعده ، فكان مما جاء فيه :

« أن عدد الطلبات بلغ ٢٧٥ ، وأنه فحصها واستعلم من حضرة النقيب عن حالة كل طالب من جهة كفايته العملية والخلقية » إلى أن قال : « ولما كان من الواجب شدة الاحتياط فى قبول المحامين للمرافعة لدى محكمة النقض ، وعدم الترخيص بهذا إلا لمن كان جديراً بالقيام بهذه المهمة العلمية الشاقة جدارة تامة ، فانى أرى الآن ألا يقبل منهم إلا الموثوق بكفايتهم وثوقاً تاما مهما قل عددهم عن المائة التى رأت الجمعية العمومية فى قرارها السابق ضرورة بلوغها حتى يتحرر الجدول . والذين أراهم الآن حقيقين بالقبول ، بعد الذين استبعدهم النقيب ، الثمانية والتسعون محاميا . . . . . » . ثم أخذت الجمعية العمومية فى فحص حالة أصحاب طلبات القيد المقدمة واحداً واحداً ومرات متعددة زيادة فى التحرى والتمحيص ، وقررت أن يقبل الآن الأربعة والثمانون الذين دونت أسماؤهم بالجدول ، وأن هذا العدد وإن كان أقل من المائة . . . . إلا أن الجمعية ترى أنه كاف الآن لسد حاجات الجمهور ، وأنه يجب نشر أسمائهم بالجريدة الرسمية ليكونوا هم وحدهم المقبولين أمام محكمة النقض ، وليشتغلوا بالعمل بعد مضى ثلاثين يوماً من تاريخ هذا النشر ، وهى المدة التى كانت الجمعية العمومية رأت من باب زيادة التسامح ، الترخيص لكافة المحامين المقبولين أمام محكمتى الاستئناف بالعمل فيها وأشارت إليها بقرارها الصادر فى ٢٠ مايو سنة ١٩٣١ . . . . الخ . وكذلك رأت أن لا يسمح لأحد أن يطلب قيد اسمه بجدول محكمة النقض كمحام غير مشتغل .

(١) مجلة القانون والاقتصاد سنة ٢ ص ٧٧ و ٧٨ .

قبل ذلك مدة التمرين فى المحاماة ومدة سنتين مشتغلا باسمه أمام المحاكم الابتدائية (وهما المدتان اللازمتان لقبوله للمرافعة أمام محاكم الاستئناف) أو استوفى هاتين المدتين مشتغلا بعمل من الأعمال التى تعتبر معادلة للاشتغال بالمحاماة . ولذلك رأينا أن يشترط فيمن لم يسبق له الاشتغال بالمحاماة أن يكون قد مضى إحدى عشرة سنة فى أحد الأعمال المعتبرة معادلة لها : تحسب منها سنتان مدة اشتغال بالمحاماة تحت التمرين وسنتان أمام المحاكم الابتدائية ، وسبع سنوات أمام محكمة الاستئناف .

قلنا هذا ونقول الآن إنه بمناسبة نظر الجمعية العمومية لمحكمة النقض فى الطلب المقدم من الأستاذ سابا حبشى الذى كان قد أرجئ الفصل فيه بجلسة ١٥ يونيه سنة ١٩٣١ حتى يتقرر قبوله للمرافعة أمام محكمتى الاستئناف عرضت هذه الجمعية بجلسة ٣ مارس سنة ١٩٣٢ لبحث المادة ١٠ مكررة السابقة الذكر فلاحظت أن الأخذ بظاهر نص هذه المادة يؤدى حتما إلى تمييز مجحف فى بعض الصور ، إذ أن المادة السابعة من القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩١٢ تقضى بألاّ يقبل للمرافعة أمام المحاكم الابتدائية إلا من أمضى مدة التمرين وهى سنتان ، ولا يقبل للمرافعة أمام محكمة الاستئناف إلاّ من قضى سنتين فى المحاماة أمام المحاكم الابتدائية . وبما أن المادة ١٠ مكررة تشترط فيمن يقيد اسمه بجدول محامى محكمة النقض أن يكون اشتغل فعلا مدة سبع سنوات أمام محكمة الاستئناف فتكون إذن مدة الاشتغال بالمحاماة فى التمرين وأمام المحاكم الابتدائية وأمام الاستئناف الواجبة تمضيتها على من يريد قيد اسمه بجدول المحاماة الخاص بمحكمة النقض هى إحدى عشرة سنة . ذلك بينما أنه على حسب ظاهر نص المادة العاشرة المكررة يجوز لمن قضى سبع سنوات فى الاشتغال بالنيابة أو بالقضاء أن يقيد اسمه بجدول محامى محكمة النقض . وفى هذا تفريق لا مبرر له بين حكم العمل فى المحاماة وحكم الاشتغال بالنيابة أو بالقضاء فى حين أن المادة الثامنة من القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩١٢ لا تفرق بين العملين فى الحكم إذ هى — فى صدد تقرير القبول للمرافعة

أمام محكمة الاستئناف — تحتسب من مدة التمرين فى المحاماة أو من مدة الاشتغال أمام المحاكم الابتدائية كل زمن يقضيه الطالب فى الاشتغال بالنيابة أو القضاء قدراً بقدر ، و بما أن الشارع لا يمكن أن يكون قد أراد هذا التمييز المجحف فينبغى تفسير المادة ١٠ المكررة المذكورة بما يتفق مع أصل القانون ولا يتعارض معه ، والقول بأن المراد منها هو أن سبع السنوات التى تقضى فى النيابة أو القضاء يكون من أمضاها أهلا من قبل للاشتغال بالمحاماة لدى محكمتى الاستئناف . وعلى هذا استقر رأى الهيئة على ألا تقبل قيد اسم محام له مدة اشتغال بالنيابة أو بالقضاء بجدول المحامين الخاص بمحكمة النقض إلا إذا كان قد مضت له فى الاشتغال بالنيابة أو بالقضاء أو بهما و بالمحاماة إحدى عشرة سنة ، وكان قد قبل أمام محكمة الاستئناف . وعلى هذا الأساس نظرت الجمعية فى الطلب المقدم من حضرة الأستاذ سابا حبشى وقررت قبول قيد اسمه بجدول المحامين الخاص بمحكمة النقض والابرام [1] .

الفصل الخامس

فى وظائف محكمة النقض والإبرام الثانوية

٤٨ — نقصد بهذه الوظائف ما أعطى لمحكمة النقض والإبرام ، وما آل إليها ، من الاختصاص بنظر بعض المسائل فوق وظيفتها الأصلية وهى الفصل فيما يرفع اليها من الطعون فى الأحكام الانتهائية . وهذه الوظائف هى :

(١) اختصاصها فى رد القضاة ومخاصمتهم (٢) اختصاصها بقبول المحامين المشتغلين أمامها (٣) ما آل إليها من اختصاصات محكمة الاستئناف (٤) وظيفتها التشريعية فى تعديل بعض مواعيد الاجراءات .

(١) محضر جلسة الجمعية العمومية لمحكمة النقض فى ٢ مارس سنة ١٩٣٢ .

٤٩ — (ا) اختصاصها فى رد القضاة ومخاصمتهم : كان طبعياً ، وقد أنشئت محكمة النقض ، أن تتولى هى الفصل فى القضايا الخاصــة برد مستشاريها ومخاصمتهم ؛ ولذلك نظمت المادتان ٤٠ ، ٤١ من قانون محكمة النقض الاجراءات المتعلقة بردهم ومخاصمتهم بما اضافتاه إلى قانون المرافعات من نص المادتين ٣٢٨ المكررة و ٦٦٤ المكررة وهما :

المادة ٣٢٨ مكررة — « إذا طلب رد أحد مستشارى محكمة النقض والإبرام فتفصل فيها نهائيا الدائرة التى لا يكون المستشار المطلوب رده عضواً فيها ولا يقبل طلب الرد إذا كان موجهاً ضد محكمة النقض والإبرام بأكملها ، أو ضد دائرة بأكملها » .

المادة ٦٦٤ مكررة — « إذا كانت العريضة المحكوم بقبولها حاصلة فى حق أحد مستشارى محكمة النقض والإبرام فتحال القضية إلى دوائر المحكمة المذكورة مجتمعة » .

وقد رأى الشارع كذلك أن يستبدل محكمة النقض بالهيئة التى كانت تؤلف بمقتضى المادة ٣٢٨ مرافعات قبل تعديلها بالمادة ٣٩ من قانون محكمة النقض من مستشارى محكمة الاستئناف ورؤساء المحاكم الابتدائية ووكلائها وقضاتها ، للفصل فى طلب رد جميع قضاة محكمة الاستئناف ، أو طلب رد بعضهم ، بحيث لا يبقى منهم عدد يكفى للحكم فى طلب الرد ، والحكم فى الدعوى الأصلية إذا قبل الرد ، فجعل الاختصاص فى ذلك لمحكمة النقض والإبرام بالمادة ٣٢٨ المعدلة بمقتضى المادة ٣٩ المتقدمة الذكر ونصها :

« إذا طلب رد جميع قضاة محكمة الاستئناف أو بعضهم بحيث لم يبق من عددهم ما يكفى للحكم فى ذلك فترفع مسألة الرد والدعوى الأصلية إذا قبل ذلك الرد إلى محكمة النقض » .

ولئلا تتحقق الصورة التى كانت تدعو إلى تأليف مثل تلك الهيئة الشاذة

للفصل فى رد قضاة أعلى من أعضائها قد نص فى المادة ٣٢٨ مكررة السابقة الذكر على عدم قبول طلب الرد « إذا كان موجهاً ضد محكمة النقض والإبرام بأكملها ، أو ضد دائرة بأكملها » .

٥٠ — (ب) اختصاصها بقبول المحامين المشتغلين أمامها وتأديبهم :

كذلك كان طبعيا ، وقد قصر القانون الاشتغال بالمحاماة أمام محكمة النقض والإبرام على من تتوفر فيهم شروط خاصة ، أن يوليها هى النظر فى طلبات القيد بجدول المحامين المقبولين أمامها ، ولهذا نص فى الفقرة الرابعة من المادة ١٠ المكررة من القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩١٢ المضافة بمقتضى المادة ٦ من قانون محكمة النقض ، على أن طلبات القيد تقدم مع المستندات اللازمة إلى رئيس محكمة النقض والإبرام ، ومتى رأت المحكمة مجتمعة بهيئة جمعية عمومية (بناء على التقرير الذى يقدمه الرئيس) أن الشروط المقررة متوفرة ، وأنه لا يوجد لديها أى مانع آخر تأمر بقيد اسم الطالب بالجدول .

٥١ — (ح) اختصاصاتها التى آلت إليها من محكمة الاستئناف :

آلت إلى محكمة النقض والإبرام بمقتضى المادة ٤٩ من قانونها كل الوظائف التى كانت تباشرها « محكمة الاستئناف الأهلية منعقدة بهيئة محكمة نقض و إبرام » أو « محكمة استئناف مصر منعقدة بهيئة محكمة نقض و إبرام » . فصار لها الاختصاص بنظر قضايا تأديب المحامين المقبولين للمرافعة أمام محكمة الاستئناف والطعون فى تشكيل الجمعية العمومية للمحامين ، أو فى تأليف مجلس نقابتهم (٥٤ من لائحة المحاماة) .

وكذلك نقل إليها الاختصاص بتأديب قضاة المحاكم الأهلية على اختلاف درجاتهم (ولهذا ألغت المادة الخامسة من قانون محكمة النقض المواد ٥١ و ٥٢ و ٥٣ من الأمر العالى الصادر فى ١٤ يونيه سنة ١٨٨٣ واستبدلت بها نصوصاً

جديدة) ، والاختصاص بالتصديق على اللائحة الداخلية لنقابة المحامين أمام المحاكم الأهلية وعلى كل ما يطرأ عليها من التعديلات (وذلك بمقتضى المادة ٤٨ من لائحة المحاماة أمام المحاكم الأهلية المعدلة بالمادة الأولى من المرسوم بقانون رقم ٧٠ لسنة ١٩٣١) .

٥٢ — (ى) وظيفتها التشريعية : وقد خول لمحكمة النقض بالمادة ٣٤ من القانون سلطة تعديل مواعيد الإجراءات التحضيرية المنصوص عليها فى الفصل الثالث من هذا القانون ، ما عدا المنصوص عليها فى المادتين (١٤ و ١٧) ، وتحديد مواعيد الإجراءات المبينة فى الفصل المذكور والتى لم يحدد لها مواعيد فى القانون ، وذلك بقرارات تصدرها الجمعية العمومية ، ويصدق عليها بقرار من وزير الحقانية ينشر بالجريدة الرسمية .

وتقول المذكرة الإيضاحية إن « هـذا مبدأ جديد فى التشريع المصرى قد أخذ عن النظام الانكليزى ، ويتفادى به سن قوانين فى مواد الإجراءات البسيطة التى تكون المحكمة أقدر على تقديرها وأسرع فى تقريرها[١] » .

---

(١) المذكرة الايضاحية ص ٢٧ .



في حالات الطعن



الباب الاول

فى حالات الطعن على الجملة

الفصل الأول

فى حصر هذه الحالات ، وتبيانها ، وذكر الكليات المتعلقة بها

١ — لا يجوز الطعن بطريق النقض إلا فى الأحوال التى بينها القانون بيان حصر .

٢ — وهى فى القانون الفرنسى :

(١) مخالفة القانون La contravention à la loi

(٢) مخالفة الإجراءات الشكلية Les violations des formes

(٣) التناقض فى الأحكام La contrariété des jugements

(٤) عدم الاختصاص L'incompétence

(٥) تجاوز السلطة L'excès du pouvoir

ومخالفة القانون منصوص عليها فى المادة ٣ من قانون ٢٧ نوفمبر — أول ديسمبر سنة ١٧٩٠ ، والمادة السابعة من قانون ٢٠ أبريل سنة ١٨١٠ .

ومخالفة الإجراءات الشكلية منصوص عليها فى المادة ٤٨٠ من قانون المرافعات باعتبارها حالة من أحوال التماس اعادة النظر ، وفى المادة ٧ من قانون ٢٠ أبريل سنة ١٨١٠ باعتبارها من حالات الطعن بالنقض .

والتناقض فى الأحكام منصوص عليه فى المادة ٥٠٤ من قانون المرافعات

باعتباره حالة من حالات الطعن بالنقض ، وفى المادة ٤٨٠ فقرة سادسة من هذا القانون باعتباره حالة من أحوال الالتماس ، وبهذا تداخلت بعض وجوه الطعن بالالتماس فى وجوه الطعن بالنقض ، واحتيج إلى وضع أساس علمى يمنع هذا التداخل .

أما حالة عدم الاختصاص فلم يرد بشأنها إلا نص الفقرة السادسة من المادة ٣٥ من قانون ٢٧ مارس سنة ١٩٠٧ التى جوزت الطعن فى قضايا استئناف قضاة الصلح ومجالس الصناع فى مسائل الاختصاص .

أما تجاوز السلطة فقد جاء ذكره فى المادتين ١٤ و ١٥ من قانون ٢٥ مايو سنة ١٨٣٥ وفى المادتين ٨٠ و ٨٨ من قانون ٢٧ ڤنتوز سنة ٨

وقد اقتصر القانون البلجيكى على مخالفة القانون (pour contravention à la loi) ومخالفة الإجراءات الشكلية الجوهرية أو التى رتب عليها البطلان[1] (pour violation des formes, soit substantielles soit prescrites à peine de nullité)

٣ — **فى القانون المصرى** : والظاهر أن الشارع المصرى قد استفاد مما كتبه الفقهاء الفرنسيون نقداً لقانونهم ، ومما جرت عليه محكمة النقض من مد رقابتها إلى تطبيق القانون وتأويله ، ولذلك أحسن بيان الأحوال التى يجوز فيها الطعن ، فقد أجازه فيما يأتى :

(١) مخالفة القانون أو الخطأ فى تطبيقه أو تأويله (٢) وقوع بطلان جوهرى فى الحكم (٣) وقوع بطلان فى الإجراءات مؤثر فى الحكم (٤) فصل الحكم فى نزاع خلافا لحكم آخر سبق صدوره بين الخصوم أنفسهم

(١) قانون ٢٥ مارس سنة ١٨٧٦ (المادة ١٩ منه) منشور فى شويفن ص ٨٩٧ ويقول شويفن (فقرة ٦٨) إن مخالفة القانون تشمل مخالفة قواعد الاختصاص وتجاوز السلطة وإن قانون ٢٥ مارس سنة ١٨٧٦ على مايظهر من التقرير الذى قدمه المستشار ألار Allard باسم اللجنة المشكلة لاعادة النظر فى قانون المرافعات قد ألغى نص المادة ٥٠٤ من قانون المرافعات الغاء ضمنياً فلم يصبح الطعن بالتناقض حالة مستقلة من حالات الطعن . وراجع أيضاً فى ذلك سيمونيه فقرة ١٩٧ ص ٢٠٠ .

وحاز قوة الشيء المحكوم به، سواء أدفع بهذا الدفع أم لم يدفع (المواد ٩ و١٠ و١١ من قانون إنشاء محكمة النقض) .[1]

والأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف هي وحدها التي يجوز الطعن فيها في جميع الأحوال . والأحكام الانتهائية الصادرة من المحاكم الجزئية والمحاكم الابتدائية يجوز الطعن فيها في الحالة الأخيرة . أما الأحكام الصادرة من المحاكم الابتدائية فيجوز الطعن فيها في الحالة الأولى بشرط أن يكون الحكم صادرا في قضية استئناف حكم محكمة جزئية ، وأن تكون القضية المحكوم فيها من قضايا وضع اليد ، أو أن يكون الحكم صادرا في مسألة اختصاص نوعي أو متعلق بوظائف المحاكم الأهلية .

ويستفاد من هذه النصوص (٩ و ١٠ و ١١ من القانون) :

أولا : أن شارعنا لم يجعل الطعن بتجاوز المحاكم حدود وظائفها القضائية المبينة في المادتين ١٥ و ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية ، ولا الطعن بمخالفة أحكامها لقواعد الاختصاص النوعي ، حالة طعن مستقلة ، وذلك من جهة لدخولهما كليهما في حالة مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أو في تأويله ، ومن جهة أخرى لانتفاء العلة التي قامت في فرنسا على تخصيصهما من عموم حالة الطعن بمخالفة القانون .

ثانياً : وأنه جعل الطعن المبني على وقوع بطلان في الحكم أو في الاجراءات مقصورا على الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف .

---

(١) وحالات الطعن في القانون التركي الصادر في ١٨ يونيه سنة ١٩٢٧ على ماجاء بالمادة ٤٢٨ مرافعات هي : ١ — الخطأ في تطبيق القانون أو في تطبيق الاتفاق بين طرفيه — ٢ — عدم اختصاص المحكمة — ٣ — تناقض الحكمين الصادرين بين الخصوم في النزاع الواحد — ٤ — العيب الشكلي في الحكم أو في القرار المطعون فيه — ٥ — الخطأ في تقدير مسألة مادية pour erreur d'appréciation d'une question matérielle — ٦ — عدم تسبيب الحكم الصادر برفض تحقيق طلبه أحد الخصوم لاثبات مدعياته .

ثالثاً : وأنه فطن إلى ما وقع فى النصوص الفرنسية من القصور وسوء التحرير ، فعطف على جواز الطعن فى الأحكام « لمخالفتها للقانون » جواز الطعن فيها « لخطأ فى تطبيقه أو فى تأويله » .

رابعاً : وأنه أحسن فى تحرير المادة ١١ المقابلة لنص المادة ٥٠٤ من قانون المرافعات الفرنسى الخاصة بحالة التناقض ، على ما ستراه مفصلا فى موضعه .

٤ — وجميع هذه الأحوال قد يمكن ردها إلى حالة « مخالفة القانون أو الخطأ فى تطبيقه أو فى تأويله » : فالتناقض بين الحكمين يصدران فى النزاع الواحد بين الخصوم أنفسهم لا يقع فى الغالب إلا عن مخالفة لنص المادة ٢٣٢ من القانون المدنى ، أو عن خطأ فى تطبيقها أو فى تأويلها . والبطلان فى الحكم أو فى الاجراءات لا يقع إلا عن مخالفة القواعد القانونية التى يجب اتباعها فى إصدار الأحكام وتحريرها ، أو فى السير فى الدعوى من بدء رفعها إلى حين صدور الحكم فيها .

ومهما يكن من امكان رد هذه الأحوال إلى حالة مخالفة القانون ، فان الشارع آثر أن يفرد كلا منها بالذكر باسمه الخاص ، تمييزا لأحكامه الخاصة به عن أحكام غيره . وسترى الفرق بين كل واحدة من هذه الحالات والأخرى فى باب « ما يجوز الطعن فيه من الأحكام بطريق النقض » ؛ وفرقاً آخر عند الكلام فى سلطة محكمة النقض على موضوع الدعوى عند قضائها فى كل حالة بنقض الحكم المطعون فيه ؛ وفرقاً ثالثاً عند الكلام مفصلا على التناقض بين الحكمين .

٥ — وإذا رددت هذه الأحوال إلى مردها الجامع المتقدم الذكر اتضح لك أن مهمة محكمة النقض تنحصر فى الرقابة على الأحكام الانتهائية من ناحية ما يقع فيها من خطأ فى القانون ، وأن هذه الرقابة لا تمتد إلى غير ذلك مما فصلت فيه هذه الأحكام من مسائل موضوع الدعوى .

وإذن فيشترط فى كل وجه طعن يرفع للمحكمة ألا يتعرض للحكم من جهة

خطئه فى تقرير وقائع الدعوى (erreur de fait) بل يكون مبناه مخالفة الحكم للقانون أو الخطأ فى تطبيقه أو فى تأويله .

وإذا التفت إلى أنه لا يمكن النعى على حكم بمخالفته للقانون أو بخطئه فى تطبيقه أو فى تأويله إلا إذا كان ذلك الوجه القانونى قد عرض صراحة أو ضمناً على المحكمة المطعون فى حكمها ، تبين لك وجه ما اشترطوه فى أسباب الطعن من وجوب سبق عرضها على المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه .

وإذن فينبغى لنا قبل تفصيل الكلام فى حالات الطعن حالة حالة ، أن نبسط القول فى الكليات الآتية التى تصدق على الحالات جميعاً وهى :

(١) ما المراد من كلمة « القانون » فى المادة ٩ و ١٠ من قانون محكمة النقض ؟

(٢) ما هو الخطأ فى الواقع ، وما هو الخطأ فى القانون ، وكيف يكون التمييز بين وقائع الدعوى ومسائلها القانونية ؟ .

(٣) ما هو السبب الجديد ، ومتى يكون ، ومتى يقبل وجهاً للطعن ؟

الفصل الثانى

ما المراد بكلمة « القانون »

٦ — بعد أن بينت المذكرة الايضاحية لمَ استعمل الشارع — عند بيان الحالة الأولى من حالات الطعن بطريق النقض — عبارة « مخالفة القانون والخطأ فى تطبيقه أو فى تأويله » ، قالت : « أما ما يجب أن يفهم من كلمة « القانون » فإن المشرع أهمله عمدا حتى تتولى محكمة النقض والإبرام نفسها تحديد المعنى المقصود من هذه الكلمة هنا . ومن الواضح أن هذه الكلمة

لا تشير إلى القوانين التى يتسق لها هذا الوصف وحدها ، أى الأوامر الصادرة من السلطة التشريعية ، بل إلى كل أمر يصدر من السلطة المختصة وتنشأ عنه حقوق . على أن محكمة النقض والإبرام ستسترشد فى هذا الصدد بقضاء محكمة النقض والإبرام فى بلجيكا وفرنسا وإيطاليا حيث تسنى لها فى كثير من الأحيان أن تحدد المعنى المقصود من كلمة « القانون » لأن عبارة مخالفة القانون « violation à la loi » ou « contravention à la loi » واردة فى تشريع هذه البلدان الثلاثة للدلالة على أهم سبب من الأسباب التى تجيز الطعن بطريق النقض » . (١)

ومعنى ذلك أن ليس المراد من كلمة القانون ما تسنّه السلطة التشريعية بالأوضاع المعتادة المبينة فى الدستور فحسب (les lois formelles) بل كل ما كانت مادته من قواعد السلوك المفروضة فى المعاملات ، سواء أكان الذى فرضها ورتب الجزاء على مخالفتها هو صاحب السلطان أم غيره من نحو عرف أو دين (les lois matèrielles) (٢) . فكلمة « القانون » تتناول اذن أعمال التشريع من القوانين وما جرى مجراها ، كما تتناول الشريعة الاسلامية ، والعرف ، وجوامع الكلم الفقهية ، وآراء الفقهاء ، وقضاء المحاكم ، وأصول العدل والإنصاف ، والمعاهدات ، والقوانين المختلطة ، والقوانين الدينية ، والقوانين الأجنبية فى الحدود التى يجب الأخذ بها لدى المحاكم الأهلية .

٧ — **أعمال التشريع** : كان فى مصر قبل إصدار الدستور تشريع قائم أصدرته هيئات غير التى رتبها الدستور . ونظراً لاختلاط السلطتين التشريعية والتنفيذية فى ذلك الحين كانت الأحكام العامة توضع تارة فى صورة قانون ، وحيناً

---

(١) المذكرة الايضاحية ص ٢٧ .

(٢) وبهذا الاصطلاح يقال : إن قانون العرف مصدره المادى العادات المختلفة ، ومصدره الوضعى إشارة الشارع إلى العمل به .

فى صورة لائحة أو إرادة سنية ، وطوراً فى صورة أمر كريم ، أو قرار أو منشور ، إلى غير ذلك من الصور التى هى أدخل فى أعمال السلطة التنفيذية منها فى أعمال السلطة التشريعية . ومهما كان من اختلاف فى هذه الصور فقد كان لها جميعاً قوة القانون ونفاذه[(١)] .

ولهذا أوجب الشارع بالمادة ٢٨ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية اتباع القوانين المصرية التى ستنشر (هى القوانين الأهلية التى أصدرها فى سنة ١٨٨٣) والأوامر واللوائح الجارى العمل بها الآن ، متى كانت أحكامها غير مخالفة لهذه القوانين ، والأوامر واللوائح التى تنشر فيما بعد بحسب القواعد المقررة .

٨ — ولما نظم دستور سنة ١٩٢٣ السلطات المختلفة فى الدولة ، وأوجب اشتراك الأمة اشتراكا فعلياً فى التشريع ، وأصبحت السلطة التشريعية تملك حق التعرض بالمحو والإثبات والتعديل لما تناوله التشريع القديم ، كان على الدستور أن ينص على نفاذ أحكام ذلك التشريع حتى لا يسقط بسقوط النظام القديم فتقع الفوضى والاضطراب فى المعاملات . ولهذا نص فى المادة ١٦٧ منه على أن « كل ما قررته القوانين والمراسيم والأوامر واللوائح والقرارات من الأحكام ، وكل ما سن أو اتخذ من قبل من الإجراءات طبقاً للأصول والأوضاع المتبعة يبقى نافذاً بشرط أن يكون نفاذه متفقاً مع مبادئ الحرية والمساواة التى كفلها هذا الدستور . وذلك بدون إخلال بما للسلطة التشريعية من حق إلغائها وتعديلها فى حدود سلطتها ، على أن لا يمس ذلك بالمبدأ المقرر بالمادة ٢٧ بشأن عدم سريان القانون على الماضى » .

وقد روعى فى وضع هذه المادة أنه إذا اكتفى بالإشارة إلى أن القوانين وحدها تظل نافذة ، قصُر هذا عن حكاية الحال ، فإن من الأحكام المنظمة

---

(١) اقرأ فى معنى القوانين والأوامر والديكريتات والمراسيم بالقوانين قديماً وحديثاً : (كولان وكابيتان جزء أول طبعة ثالثة ص ٢٤ إلى ٢٧) .

لبعض الشؤون ما لم يوصف بأنه قانون كالمراسيم واللوائح والقرارات ، ويخشى إن لم يشر إليها بجانب القوانين أن يقال بسقوطها عند صدور الدستور ، ولذلك أضيف إلى « القوانين » تلك الصور المختلفة التى كانت تشرع بها الأحكام اتقاء لهذا المحظور . ولما كان يخشى من جهة أخرى أن يكون فى الإشارة فى الدستور إلى تلك الصور ما يجعل لها قوة لم تكن لها بحسب النظام الذى وضعت فى عهده ، وجب الاحتياط بالنص على ما يمنع هذا المحظور حتى لا يصح الباطل بحسب النظام الجديد ، فقيل « وكل ما سنّ أو اتخذ من قبل من الأعمال والاجراءات طبقاً للأصول والأوضاع المتبعة يبقى نافذاً ... الخ » . ولما كان يترتب حتما على صدور الدستور إلغاء الجمعية التشريعية فقد نص فى المادة ١٦٩ منه على أن « القوانين التى كان يجب عرضها على الجمعية بمقتضى المادة الثانية من الأمر العالى الصادر فى ١٨ أكتوبر سنة ١٩١٤ تعرض على مجلسى البرلمان فى دور الانعقاد الأول ، فإن لم تعرض عليهما فى هذا الدور بطل العمل بها فى المستقبل » .

٩ — ولما عدل هـــذا الدستور وكان لا يمكن على العموم تنفيذ الدستور الجديد إلا حين يشكل البرلمان ويجتمع ، وجب أن تبين فيه طريقة التشريع فى الفترة التى بين النظامين ، وأن يعاد فيه كذلك تقرير بقاء الأحكام السابقة للدستور الأول معمولا بها ؛ ولذلك نصت المادة الثالثة من الأمر الملكى رقم ٧٠ لسنة ١٩٣٠ بوضع نظام دستورى للمملكة المصرية على أنه « من تاريخ نشر الدستور يتولى الملك السلطة التشريعية والسلطات الأخرى التى خص بها البرلمان ويباشرها وفقاً لأحكام المادتين ٤٨ و ٦٠ من الدستور ، بمراسيم من لدنه على أن يراعى عدم مخالفة ما يسنُّه من الأحكام للمبادئ الأساسية المقررة بالدستور » . ونص فى المادة السادسة منه على أن « كل ما قررته القوانين والمراسيم والأوامر واللوائح والقرارات من الأحكام ، وكل ما سن أو اتخذ من قبل من الأعمال والاجراءات طبقاً للأصول والأوضاع التى كانت متبعة حتى نشر أمرنا الرقيم

نمرة ٢٤ لسنة ٢٣ وكل ما قررته المراسيم التى اعتبرها قانون نمرة ٢ سنة ٢٦ فى حكم الصحيحة ، من الأحكام ، يبقى نافذاً بشرط أن يكون نفاذها متفقاً مع مبادئ الحرية والمساواة التى يكفلها الدستور . . . . وكل الأحكام ، وكل ما سن أو اتخذ من الأعمال والاجراءات طبقاً للأصول والأوضاع التى قررها أمرنا رقم ٤٦ لسنة ٢٨ ، تبقى كذلك نافذة . . . . وتظل تنتج آثارها غير منقطعة الحكم فى الماضى . وكذلك يكون الحال فى الأحكام وكل ما سن أو اتخذ من الأعمال والاجراءات منذ ٢١ يونيه سنة ١٩٣٠ حتى نشر هذا الدستور » .

١٠ — ولما اقتضت الحال إلغاء النظام المقرر بالأمر الملكى رقم ٧٠ لسنة ١٩٣٠ وأصدر الأمر الملكى رقم ٦٧ لسنة ١٩٣٤ قضت المادة الثالثة منه بما نصه : « إلى أن ينفذ الأمر الملكى بوضع النظام الدستورى الذى يحل محل النظام المشار إليه فى المادة الأولى ، نتولى نحن السلطة التشريعية والسلطات الأخرى التى خص بها البرلمان حتى الآن ، كما نتولى السلطة التنفيذية . وتباشر هذه السلطات المختلفة بوساطة مجلس وزرائنا ووزرائنا على مسؤوليتهم طبقاً لمبادئ الحرية والمساواة التى كانت دائماً قوام النظام الدستورى فى مصر » .

ونصت المادة الخامسة على أن « يبقى نافذاً كل ما قررته القوانين والمراسيم والأوامر واللوائح والقرارات والأحكام ، وكل ما سن أو اتخذ من قبل من الأعمال والإجراءات طبقاً للأصول والأوضاع التى كانت متبعة فى حينها ، وكل ما أنفذه الأمر الملكى رقم ٧٠ لسنة ١٩٣٠ بشرط أن يكون نفاذها متفقاً مع ما سبقت الإشارة إليه من مبادئ الحرية والمساواة [١] » .

(١) وعلى مقتضى هذا الأمر الملكى صدرت المراسيم بالقوانين الآتى بيانها : ١ — رقم ٦٣ سنة ١٩٣٤ بإلغاء القانون رقم ٨٦ لسنة ١٩٣٣ بإضافة فقرة إلى المادة ٤١ من القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩١٢ الخاص بلائحة المحاماة أمام المحاكم الأهلية — ٢ — ورقم ٦٤ لسنة ١٩٣٤ بشأن إعادة العمل ببعض أحكام القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٢٩ المعطلة بالمرسوم بقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٣٤ — ٣ — رقم ٢٩ لسنة ١٩٣٥ بالغاء القانون رقم ٣٦ لسنة ١٩٣٢ — ٤ —

١١ — اعادة دستور سنة ١٩٢٣ : ثم أعيد دستور سنة ١٩٢٣ بالأمر الملكى رقم ١١٨ سنة ١٩٣٥ (الصادر فى ١٦ رمضان سنة ١٣٥٤ — ١٢ ديسمبر سنة ١٩٣٥) . وقد جاء فى المادة الثانية من هذا الأمر أنه يعمل بالنظام المذكور من تاريخ انعقاد البرلمان ، وتظل أحكام المواد ٣ و ٤ و ٥ من أمرنا رقم ٦٧ لسنة ١٩٣٤ معمولا بها حتى ينفذ ذلك النظام .

١٢ — وعلى ذلك فكلمة القانون لا تشمل فقط القوانين الأهلية ولائحة ترتيب المحاكم الأهلية التى أصدرتها الحكومة الخديوية ونشرتها سنة ١٨٨٣ ، بل تشمل أيضاً الأوامر واللوائح والقرارات والمنشورات التى كان العمل بموجبها جارياً عند نشر هذه القوانين بالقيود المبينة بالمادة ٢٧ من لائحة ترتيب هذه المحاكم . ومن هذه الأوامر واللوائح الأمر العالى الصادر فى ٢٥ مارس سنة ١٨٨٠ الخاص بالحجز لتحصيل الأموال الأميرية ، وقانون المقابلة الصادر به ديكريتو ٣٠ أغسطس سنة ١٨٧١ ، وقانون ٦ يناير سنة ١٨٨٠ الذى ألغى المقابلة ، واللائحة المؤرخة فى ٧ صفر سنة ١٢٨١ (١٠ يونيه سنة ١٨٧٢) التى أشير إليها فى المادة ١٨ من القانون المدنى ، ولائحة الأطيان السعيدية المتوجة بالأمر العالى الصادر فى ٢٤ ذى الحجة سنة ١٢٧٤ (٥ أغسطس سنة ١٨٥٨) ، والأوامر المختصة بنظام الأراضى فى القطر المصرى التى كان على الحكومة المصرية بمقتضى المادة ٣٦ من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة أن تنشرها وقد صدر بمجموعتها لنظارة الحقانية والتجارة أمر عال فى ٧ شعبان سنة ١٢٩٢ نمرة ٨ [1] .

= رقم ٥ : سنة ١٩٣٥ بشأن العقود ذات الصبغة الدولية — ٥ — رقم ٢٨ لسنة ١٩٣٥ بتعديل بعض أحكام الباب الرابع عشر من الكتاب الثانى والباب السابع من الكتاب الثالث من قانون العقوبات الأهلى .

(١) وقد أخذت محكمة النقض بهذا الأمر بحكم استبعدت به أمرين عاليين كانا خاصين بعدم تملك عربان مربوط لبعض الأراضى وكانت هذه المجموعة المشار إليها فى المتن قد استبعدتهما . وقد أوردت المحكمة نص أمر ٧ شعبان سنة ١٢٩٢ المتقدم الذكر فى حكمها (ن . م . م ٢٠ يونيه سنة ١٩٣٥ مجلة القانون والاقتصاد س ٥ رقم ٨٥ ص ٢٨٧) .

وتشمل كلمة القانون أيضاً جميع ما نصت على نفاذه وإقراره المادة ١٦٧ من دستور سنة ١٩٢٣ ، والمادة الثالثة من الأمر الملكى رقم ٧٠ سنة ١٩٣٠ والمادة الخامسة من الأمر الملكى رقم ٦٧ لسنة ١٩٣٤ .

١٣ — *الشريعة الإسلامية* : وتعتبر الشريعة الإسلامية جزءاً من القانون المصرى فى خاصة العلاقات المدنية التى نشأت فى ظلها قبل إنشاء المحاكم الأهلية ، لأنها كانت وقتئذ القانون المعمول به أمام المجالس الملغاة .

وكذلك اعتبرت القوانين المصرية الشريعة الإسلامية جزءاً منها فيما أحالته هذه القوانين إليها أو جرى العرف على موجبها فيه . ويضيق هذا الكتاب عن حصر ما أحال القانون بجملته إلى الشريعة الإسلامية وما أحاله إليها فى بعض مسائله كالميراث والوقف[1] .

---

(١) وقد جرى القضاء على الأخذ بأحكام الشريعة الاسلامية فى علاقة الوارث بمورثه ، فقضى باعتبار التركة أنها على حكم ملك الميت وأن للورثة حق وضع اليد عليها قائمين مقام مورثهم لتصفيتها لحسابه وأن للدائنين استيفاء ديونهم من الورثة على هذا الاعتبار ، كما قضى من جهة أخرى بأن علاقة الورثة بأولئك الدائنين فيما يخرج عن بيان الوارث ونصيبه فى التركة وعلاقة الدائنين عن تعامل مع الورثة وعلاقة المشترى من المورث والمشترى من الوارث جميعها علاقات مدنية يحكمها القانون المدنى (أبو هيف « القانون الدولى الخاص » ص ١٠٥٠ إلى ص ١١٠٤ ، والمراجع المهمة بهذه الصحف) .

وجرى القضاء أيضاً على الأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية فى إنشاء الوقف وإثباته وما يلزم لحفظه وصيانته ، وفى علاقة الناظر به من حيث توليته وعزله ، والاستدانة على الوقف ، وفى علاقة المستحق به كذلك من ناحية بيان حقوقه ووصفها وكيتها وكيفية استحقاقها ، وفى علاقة المستحقين بعضهم ببعض ، وفى تحديد الحقوق المرتبة على الوقف من عدم جواز بيعه إلا بالشروط وفى الظروف الخاصة المعروفة ، وفى الحكر والكدك والسكنى والكردار والاجارتين والمرصد ، لأن جميع ذلك خاضع للشريعة الإسلامية ولوائح المحاكم الشرعية .

وجرى قضاء محكمة استئناف مصر بأن مدة التقادم فى الوقف والميراث ٣٣ سنة (أبو هيف « القانون الدولى الخاص » ص ١١٢٥ إلى ص ١١٣٥ ، وحكم الدوائر المجتمعة فى ٤ مارس سنة ١٩٢٩ فى القضية نمرة ٤٥٨ سنة ٤٤ قضائية المحاماة سنة ٩ رقم ٥٢٣ ص ٩٥٥) . وانظر حكم محكمة النقض فى ١٤ يونيه سنة ١٩٣٤ (المحاماة سنة ١٥ قسم أول رقم ٤٠ ص ٧٦) فى ماهية الحكر وتقدير قيمته السنوية ، وفى معنى قولهم : « إن تقدير أجرة الحكر يكون على مثل أرض الوقف » وفى أن محكمة النقض إذا لم تهتد إلى الطريقة التى تكون قد راعتها محكمة =

١٤ — فعلى القاضى من تلقاء نفسه أن يتثبت من القاعدة الشرعية المنطبقة على القضية المعروضة عليه وأن يطبقها كما ثبتت لديه ، ورأيه فى ذلك خاضع لرقابة محكمة النقض .

غير أنه نظراً إلى أن الشارع لم يعن إلى الآن بتجميع قواعد الشريعة الإسلامية و إخراجها على صورة القانون مادة مادة ، ولبقاء هذه القواعد فى مظانها من كتب الفقه إلا ما أخرجه منها الفقيه المصرى الكبير المرحوم قدرى باشا فى كتبه « الأحوال الشخصية » و «مرشد الحيران» و « قانون العدل والانصاف» كان حتما مقضياً على المحاكم الأهلية أن تأخذ بأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة ، ما عدا الأحوال التى نص أو ينص فيها قانون المحاكم الشرعية على قواعد خاصة ، فهذه يجب الأخذ فيها بتلك القواعد ، كما حتم الشارع ذلك على المحاكم الشرعية بالمادة الأولى من المرسوم بقانون رقم ٢٤ لسنة ٢٩ التى ألغت المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية المعدلة بالقانون نمرة ٢٤ سنة ١٩٢٠ واستبدلت بها مادة جديدة نصها : « تصدر الأحكام طبقاً للمدون فى هذه اللائحة ولأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة ما عدا الأحوال التى نص أو ينص فيها قانون المحاكم الشرعية على قواعد خاصة فيجب أن تصدر الأحكام طبقاً لتلك القواعد » . وقد وضعت هذه المادة بهذا النص أخيراً فى المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ .

ولقد فرقت محكمة النقض الفرنسية بين الطعن بمخالفة الحكم للشريعة الإسلامية من ناحية عدم تطبيقها فى الأحوال التى يجب تطبيقها فيها ، و بين الطعن بخطأ الحكم فى تأويل قواعد هذه الشريعة ، فجرت على نقض الحكم و إحالة القضية إلى محكمة موضوع أخرى للفصل فيها من جديد فى الأحوال الأولى ، وعلى رفض

= الموضوع فى تقدير الحكر وهل كانت متمشية مع المبادىء التى قررتها هى فى هذا الحكم ، نقضت الحكم المطعون فيه لقصوره . وانظر حكمها فى ١٦ مايو سنة ١٩٣٥ (المحاماة س ١٦ رقم ٩ ص ١٨) فى تحديد المراد بعبارة « أصل الأوقاف » الواردة بالمادة ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية وفى أن المحاكم الأهلية غير مختصة بنظر دعوى بطلان وقف المريض مرض الموت .

الطعون فى الأحوال الثانيــة إلا إذا أثبت الطاعن بما لا ريب فيه أن ما أخذ به الحكم من قواعد الشريعة لم يكن هو أرجح الأقوال فى مذهب أبى حنيفة ، وأن الأرجح هو خلافه ، وهو ما اقتضاه الحــذر من الوقوع فى الخطأ فى تعيين أرجح الأقوال فى هذا المذهب[1] .

ونظن أن الصواب هو فى إخضاع رأى القاضى فى جميع ذلك لرقابة محكمة النقض لأن رأيه يكون اجتهاداً فى القانون الواجب تطبيقه ، ومعالجة الخطأ فى هذا الاجتهاد من أخص وظائف محكمة النقض .

١٥ — أما ما أخذه الشارع من أحكام الشريعة الإسلامية ، وطبعه بطابعه وأدمجه فى القوانين المصرية ، كأحكام بيع المريض مرض الموت وأحكام الشفعة وحقوق الزوجات فى القانون التجارى ، فإنه يكون قانوناً بذاته تطبقه المحاكم وتفسره غير متقيدة بآراء أئمة الفقه الاسلامى ، وقضاؤها فيه يكون خاضعاً لرقابة محكمة النقض .

---

(١) ٢٦ ديسمبر سنة ١٨٨١ (س ٨٢ — ١ — ٢٦٥) واقرأ مرافعة الأفوكاتو العمومى فى شأن عدم وجود نصوص للشريعة الاسلامية تشبه نصوص القوانين ، وأن ليس لها فى أحكام الفروع إلا آراء للأئمة المجتهدين ، وكثير ما هى ، وأنه يصعب لذلك معرفة أرجح الآراء فضلاً عن الراجح منها . ولذلك يرى أن تسلك محكمة النقض مسـلك الحذر ، فلا تنقض الحكم المطعون فيه إلا إذا أثبت الطاعن أن هذا الحكم أخطأ أرجح الآراء . وقد صدر هذا الحكم فى الحادثة الآتية :

وهب مسلم لابنته عند تزويجها هبة لم تقبضها ثم مات والهبة فى يده فتنازعها ورثته ، فحكمت محكمة استئناف بوندشيرى بأنها تركة لعدم القبض ، فطعن فى الحكم بأن هــذه الهبة مسـتثناة من حكم القاعدة الشرعية القاضية بأن الهبة لا تتم إلا بالقبض ، فأبرمت محكمة النقض الحكم المطعون فيه وقالت فى أسباب حكمها : إن الطاعن لم يقدم للمحكمة ما يثبت صحة مايدعيه من وجود هذا الاستثناء ، وإن ما قدمه من الآراء لم يقنعها بأنه أرجح الآراء . وراجع حكم ٢٥ مارس سنة ١٨٧٣ (د ٧٣ — ١ — ٢٥١) .

ولهذا يقرر المستشار فاى فى آخر الفقرة ١٠٨ من كتابه بأن محكمة النقض مع تسليمها بأن الشريعة الإسلامية متى وجب تطبيقها تصبح جزءا من القانون الفرنسى ، قد اضطرت للاعتراف بسلطة قاضى الموضوع فى أمر التحقق من النص الواجب تطبيقه ومن وجه التفسير لواجب الأخذ به .

١٦ — العرف :[١] والقواعد التى يتواضع عليها الناس تحـديداً لعلاقاتهم فى التعامل ويستمرون على الأخذ بمقتضاها مدة طويلة معتقدين أنهـا الشريعة الواجب اتباعها تسمى عرفاً . ولا تعتبر العادة عرفاً ملزماً إلزام القانون إلا إذا كانت عامة قديمة مطردة ثابتة غير مخالفة للقانون ولا للآداب العامة ولا للقواعد الأساسية للنظام السياسى أو الاقتصادى ، فإن لم تبلغ العادة مبلغ العرف الملزم فلا تتأتى لهـا قوة الالزام إلا على اعتبارها شرطاً ملحوظاً فى العقود ، ولذلك سميت بالعادة الاتفاقية[٢] .

وللعرف اعتبار غير منكور فى مصر ، ومن مأثور ما قيل فيه قولهم : « المعروف عرفاً كالمشروط فقهاً » و « الممتنع عادة كالممتنع حقيقة » و « المعروف بين التجار كالمشروط بينهم » و « التعيين بالعرف كالتعيين بالنص » ، و « إنمـا تعتبر العادات إذا اطردت أو غلبت » و « العبرة للغالب الشائع لا للنادر » .[٣]

---

(١) انظر تاللر طبعة سابعة فقرة ٤٩ وما بعـدها فى تعريف العرف والعادة . ومن المؤلفات الخاصة : « العرف مصدر من مصادر القانون الفرنسى » لاسمن :

(A. Esmein : La Coutume doit être reconnue comme source de Droit Civil Français : Bulletin de la société d'études législatives. (1905 — P — 533).

ورسالة أخرى للفبر (Lefeubre) قدمها لجامعة ليل سنة ١٩٠٦ . وباقى المراجع فى مارتى ص ١٥١ هامش ٢ .

(٢) وتسمى فى الفقه الإســلامى بالشرط العرفى ، وقد مثلوا لها بوجوب نقد البلد عند الاطلاق ، ووجوب حلول الثمن حتى كأنه مشترط لفظاً ، فانصرف العقد باطلاقه إليها . ويقول ابن القيم : إنهم أجروا العرف مجرى النطق فى أكثر من مائة مسألة (أعلام الموقعين ج ٢ ص ٣٢٢ وما بعدها) .

(٣) ومن مسائل العرف فى الفقه الإسلامى تعارضه مع الشرع ، وهو نوعان : أحدهما ألا يتعلق بالشرع حكم فيقدم عليه عرف الاستعمال (ومن صوره : حلف لا يأكل لحماً لم يحنث بالسمك وإن سماه الله لحماً فى آية من القرآن) . والثانى أن يتعلق به حكم فيقدم عرف الشرع على عرف الاستعمال (ومن صوره : حلف لا يصلى لا يحنث إلا بذات الركوع والسجود) . ومن المسائل : لو كان اللفظ يقتضى العموم والشرع يقتضى التخصيص اعتبر خصوص الشرع (ومن صوره : أوصى لأقاربه لم يدخل ورثته عملا بتخصيص الشرع إذ لا وصية لوارث) . ومن مسائل العرف : (١) تعارضه مع اللغة وقد حكى فيه وجهان : تقديم الحقيقة اللفظية عملا بالوضع اللغوى وتقديم الدلالة العرفية تحكيما للعرف . (٢) وتعارض العرف العام والخاص (٣) والعادة =

وقد أشار الدستور ولائحة ترتيب المحاكم الأهلية والقوانين المدنية والتجارية وبعض القوانين الخاصة إلى مراعاة العادات الجارية والأخذ بالعرف (المادة ١٣ من الدستور والمادة ٢٩ من لائحة ترتيب المحاكم الأهليـة والمواد ٣٠ و ١٢٤ و ١٢٧ و ١٣٨ و ٢٨٦ و ٣٦٣ و ٣٨٣ و ٤٠٥ و ٤٠٨ من القانون المدنى والمادة الأولى من قانون العقوبات والقانون رقم ١٥ سـنة ١١ الخاص بالنظام القضائى فى شبه جزيرة سينا ، والقانون الصادر فى ٢٥ مايو سنة ١٨٩٧ بخصوص مركز سيوة والقانون رقم ٨ سنة ١٩١٢ الخاص بالواحات الداخلة والخارجة) .

ولهـذا أخذت المحاكم المصرية أهليـة ومختلطة بحكم العرف فى كثير من المسائل (١) .

١٧ — والأصل أن القانون إذا أوجب اتباع العرف فى أمر أصبح العرف قانوناً فيه ووجب على القاضى الأخذ به وتطبيقه من تلقاء نفسه ، فإن خالفه أو أخطأ فى تطبيقه أو فى تأويله نقض حكمه (٢) .

ومن الفقهاء من يرى أن النظر الفقهى يقضى بإخضاع جميع مسائل العرف والعادة لرقابة محكمة النقض ، سواء فى ذلك ما كان منها خاصاً بقيامهما أو عدم قيامهما وما كان متعلقاً بتطبيقهما أو بعدم تطبيقهما ، وهؤلاء يردون حجة من يذهبون إلى وجوب إلحاق التثبت من قيام العرف وعدم قيامه بالأمور الواقعية بقولهم : إن قواعد العرف هى بطبيعتها قواعد قانونية لا يمكن أن يخرجها مخرج الوقائع كونها قد تفتقر أحياناً

= المطردة فى ناحية هل تنزل منزلة الشرط (٤) العرف الذى تحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن السابق دون المتأخر (٥) وقول الفقهاء كل ما ورد به الشرع مطلقاً ولا ضابط له فيه ولا فى اللغة يرجع فيه إلى العرف ، ومثلوه بالحرز فى السرقة والتفرق فى البيع والإحياء والاستيلاء

(١) أصول القوانين لـكامل بك مرسى والسيد بك مصطفى فقرة ١٤٧ ، ١٥٤ ، ١٥٥ و (مسينا) جزء أول بهامش الصحف نمرة ١٤٤ ، ١٤٥ ، ١٤٨ ، ١٥٢ ، ١٥٤ وكتاب أصول القانون التجارى للزينى من فقرة ٤١ إلى ٤٤

(٢) ربرتوار دالوز فقرة ١٤٠١ وملحق دالوز فقرة ٢٠٩ وجارسـونيه ص ٦٥٠ وهامش نمرة ١٦ ونمرة ١٧

إلى تحقيق وجودها وقيامها ، لأن القاضى متى وجب عليه الأخذ فى الدعوى بقاعدة قانونية ، ينبغى له أن يتثبت من وجودها بكل الطرق وجميع الوسائل ، ثم يطبقها عالماً بقيامها و بمعناها ، لا فرق فى ذلك بين أن تكون القاعدة مصدرها القانون أو مصدرها العرف [١] .

ومن الفقهاء من يفرق بين العرف والعادة الاتفاقية ، فيعتبر قواعد العرف من قواعد القانون فيجعل لمحكمة النقض الرقابة على تفسيرها وتطبيقها أسوة بهذه القواعد ، و يعتبر العادة الاتفاقية من شروط الاتفاقات والعقود فيجرى عليها ما أجراه على الاتفاقات نفسها من أحكام [٢] .

وآخرون يعتبرون العرف والعادة مما جرى الناس على التعامل به ، فيجرون عليهما ما أجروه على الاتفاقات والعقود من ترك التثبت من قيامهما وتفسيرهما لقاضى الدعوى ، إلا أن يمتنع عن الأخذ بهما بعد تقرير ثبوتهما أو يحرفهما عن معناهما . فيكون حكمه خاضعاً لرقابة محكمة النقض [٣] .

والظاهر أن محكمة النقض الفرنسية تجرى على ترك التثبت من قيام العرف والعادة لقاضى الموضوع ، وعلى الامتناع عن التدخل فيما يكون قد أخذ به هذا القاضى من وجوه تفسير المشارطات على مقتضى العرف والعادة ، وعلى الاكتفاء برقابة تطبيق العرف والعادة فيما يجب الأخذ بهما قانوناً [٤] .

---

(١) مارتى ص ١٥٧ ، ١٥٨

(٢) چپنى جزء ٢ ص ٢٣ ؛ وتالر طبعة سابعة فقرة ٩٤ والزينى فى أصول القانون التجارى فقرة ٣٤

(٣) ليون كان جـ ١ فقرة ٨٦ ص ٩٢

(٤) ن . ف ٥ يناير سنة ١٨٥٥ (د ٥٥ — ١ — ٨٥) واقرأ تعليق الأستاذ ليڤلان (Levillain) على هامش ع . ف ٥ يوليه سنة ١٨٩٩ (د ٩٠٢ — ١ — ١٩٣) و ٢٠ نوفبر سنة ١٩٠٢ (د ٩٠٤ — ١ — ٣٣٧) و ع . ف ١٢ يونيه سنة ١٩٠٣ (د ٩٠٣ — ١ — ٤١١) وتيسيه ص ٤٧٦ والأحكام الواردة بهامش نمرة ١ بهذه الصحيفة وفقرة ١٩٤٦ — ١٩٧٣ من تعليقات دالوز .

(٤) ولقد كتب الأستاذ برو Perreau فى كتابه (Technique de la jurisprudence =

ولما كان لا يجب النزول على حكم العادة الاتفاقية إلا إذا تبين من ظروف الاتفاق وملابساته أن العاقدين قد أنزلاها من عقدهما منزلة الشرط الملحوظ ، كان الرأى الصائب عندنا هو ترك الأمر فى التثبت من العادة الاتفاقية وفى تطبيقها وتفسيرها إلى قاضى الدعوى ليتحراها و يتحقق من وجودها وعدم

= en droit privé) فصلا فى العرف والعادات تساءل فيه عما إذا كان العرف ينسى القانون أو ينسخه ، فأجاب بأنه لا ينسيه ولا ينسخه سواء أكانت القاعدة القانونية التى عارضها العرف من قواعد القانون المدنى أو من القانون التجارى أو من اللوائح الإدارية العامة ، وسواء أكان العرف قد تعارض مع قاعدة من قواعد النظام العام (كالعرف يجرى بمخالفة ما بينه القانون من وجوه الانتفاع بالحقوق العينية) أم مع نص من النصوص الآمرة (كالعرف الذى جرى فى فرنسا قبل قانون ٢٤ يونيه سنة ١٨٤٣ باعفاء الموثق من استحضار شاهدين عدلين يوقعان معه على ما وثقه) أم مع نص من النصوص المعبرة عن نية العاقدين (إذ يجب تقديم عرف القانون على عرف الاستعمال إلا إذا تبين أن العاقدين قد لاحظا عرف الاستعمال لا عرف القانون ، فانه يجب عندئذ تقديم ذلك العرف) . ثم تساءل عما للعرف من أثر فى استكمال القانون ، فأقر له بهذا الأثر فى إنشاء كثير من الحقوق التى لم ينظمها القانون كحق المؤلف ، وحق الصانع فى وضع اسمه على ما صنعه ، وحق مستلم الخطاب فى الاستدلال به بل فى بيعه كتحفة تاريخية ، وحق خدمة المقاهى والمشارب فى محاسبة أصحاب هذه المحال على ما قبضوه لحسابهم من المكافآت والإحسانات ، وكحق أكبر الأولاد فى الاختصاص ببعض منقولات التركة ذات القيمة الأدبية أو التاريخية كالكسى الرسمية والنياشين والأسلحة والتماثيل والصور . ثم أفاض فيما للعرف من العون فى تحديد العلاقات الجوارية بين أصحاب الأملاك المتجاورة وتعيين ما ينزل منها منزلة الحقوق والواجبات ، وما لا يرتفع عن منزلة المسموح به . ثم انتقل إلى الكلام على أثر العرف فى تفسير المشارطات المختلفة وتحديد آثارها وأحكامها . ثم تكلم على العرف باعتباره مصدراً من مصادر القانون فقال : إن القانون إذا أوجب اتباع العرف فى مسألة أصبح هو حكم القانون فيها ، فاذا خولف أو أخطئ فى تطبيقه اعتبر ذلك مخالفة وخطأ فى القانون . ثم ذكر كثيراً من التطبيقات ومنها الأحكام التى أصدرتها محكمة النقض فى قضايا التعويض المترتب على الأفعال الضارة بين أصحاب الأملاك المتجاورة ، وقال : إن هذه المحكمة كثيراً ما نقضت أحكاماً لمحاكم الاستئناف إما لعدم النص فيها على أن الضرر الذى حكم من أجله بالتعويض قد زاد على الحد المسموح باحتماله بين المتجاورين (ن . ف ٢٧ نوفبر سنة ١٨٤٤ س ٤٤ — ١ — ٣١١) ، وإما لأن الحكم المطعون فيه مع تقريره أن الضرر قد زاد على هذا الحد لم يحكم بالتعويض مع ذلك بناء على أن المتسبب فى الضرر لم يكن مخطئاً (ن . ف ١٨ فبراير سنة ٩٠٧ س ٩٠٧ — ١ — ٧٧) . ثم قال : وإذا سكت القانون عن الحكم فى المسألة وكان العرف لم ينشىء فيها حقا من تلك الحقوق التى أقامها على أساس من العدل أو من المصلحة (بأن لم يكن قد بلغ بعد مبلغ القاعدة الملزمة المقررة لحقوق تقابلها واجبات) فان الأخذ وعدم الأخذ بالعرف يصبحان مسألة من مسائل الدعوى الواقعية التى لا يخضع رأى القاضى فيها لرقابة محكمة النقض . أما إذا =

وجودها تحققه من أية واقعة من وقائع الدعوى يدعيها أحد الخصوم وينكرها الآخر ، فيتولى إثباتها من عليه الإثبات ويتولى نفيها من له النفى . أما العرف فالصواب فيه عندنا هو ترك أمر التثبت من قيامه للقاضى أيضاً ، لا لأنه واقعة من وقائع الدعوى كما قيل ، بل لأن العرف أكثره محلى لا إقليمى ، والمصلحة التى تعود على أهل العرف من عرض أمر التثبت من قيامه وعدم قيامه على

= كان العرف قد أقام فيها الحق على العدل أو المصلحة فان محكمة النقض — متى رأت رفض الطعن — تبنى حكمها على أن الحكم المطعون فيه كان له أساس قانونى صحيح ، وأما إذا نقضت الحكم المطعون فيه فانها تنسب المخالفة إلى أقرب النصوص العامة للموضوع (ص ٢٤١ و ص ٢٤٢) ، ويستشهد فى ذلك بعدة أحكام منها حكمها الصادر فى ٢١ ديسمبر ١٨٥٣ (د ٥٤ — ١ — ٩) وكان النزاع على حق استعمال العنوان التجارى ، ولما كان لا حكم لهذا الحق فى القانون فقد بنت محكمة النقض حكمها على وقوع مخالفة للمادة ٥٤٤ التى تعرف حق الملكية (يقابلها المادة ١١ من القانون المدنى) . ثم عقد فصلا لأثر العرف فى تطبيق اللوائح الإدارية وفى قانون العقوبات (والفصل كله من ص ٢٠٥ إلى ص ٢٥٣) . ثم كتب فصلاً آخر فى الجزء الثانى من كتابه للعادات غير الملزمة التى جرى عليها الناس تفضلاً أو مجاملة بعنوان : « Courtoisie, Complaisance, et Usages non obligatives devant la jurisprudence » ومن أهم ما قاله فيه : إن الأصل فى هذه العادات أنها لا تنشىء حقا ولا تقرر واجباً ، وضرب لها أمثالاً كثيرة ، منها أن من أقام بمنزل غيره بغير أجر لا يسأل عن حريقه مسؤولية من يكون قد استأجره بأجر ، ومن بذل عنايته لغلام كرماً وإحساناً لا يسأل عما يصيب الغلام من الضرر مترتباً على خطئه كمن يحضنه ويرعاه بغير أجر . ثم تساءل : متى تعتبر العلاقة الجارية بين اثنين علاقة ملزمة مترتبة على عقد أو شبه عقد ؟ وكذلك متى تعتبر مجرد تفضل غير ملزم ؟ فأجاب أن المسألة لا يمكن حلها إلا من واقع الدعوى وظروفها ، وأنه عند الشك ينبغى افتراض قيام العلاقة على عقد أو على شبه عقد ، فالطبيب مهما بلغت صداقته لمن مرضه لا يمكن اعتبار أنه يعالجه على نية عدم مطالبته بأجره ، ومن يكترى داراً ويبادر إلى الانتفاع بها قبل بدء مدة الكراء لا يصح أن يعتبر دخوله فيها دخول من ينتفع بغير أجر . ثم تساءل هل يصح لغير من نشأت بينهما هذه العلاقات القائمة على الفضل أو التسامح أن يحتج بها وبلزومها على من أوجبها على نفسه ، ومتى يصح للمستفيد منها أن يحتج بها على الغير ؟ فقال : إن هذه العلاقات ما دامت لا تنشىء حقا لأحد الطرفين على الآخر فلا يجوز للغير أن يحتج بها على ذى الفضل . ثم فصل متى تكون أعمال المستفيد مشروعة ومتى تكون غير مشروعة : فمن أقدم على إمساك جواد جامح لا يصح اعتباره مخطئاً وأنه لذلك لا حق له فى مطالبة مالك الجواد بتعويض ما أصيب هو به . والنكات والتعريضات وإلقاء الأوراق فى الوجه إلى غير ذلك مما جرى به العرف فى الاحتفال بيوم أول أبريل لا يمكن اعتباره ابتداراً مانعاً من توقيع العقاب على من ارتكب جريمة الاعتداء بالضرب والجرح . ثم تكلم عما يتصل بهذه العادات الجارية =

محكمة النقض هى مصلحة قليلة الأهمية ، ولو فتح لهم الباب فيه لكثرت طعونهم وأضاعوا على المحكمة وقتاً كثيراً لعلها شديدة الحاجة إليه . أما كون العرف القائم قد طبق أو لم يطبق ، فالأولى إخضاع الحكم فى ذلك لرقابة محكمة النقض . وقد حكمت محكمتنا [١] برفض طعن بنى على أن محكمة الاستئناف قد خالفت صريح شرط بعقد مقاولة تم بين وزارة الأشغال وأحد المقاولين بأن قيدت مطلق الشرط بعرف غير ثابت ، وجاء فى حكمها : « إن محكمة الاستئناف قد قيدت الحق المطلق المحفوظ للوزارة فى تعديل مكعبات الحفر المعطاة للمقاول بعرف جار يقضى بأن الزيادة أو النقص المسموح به لا يتعدى ربع المقاولة ، وهى فى عملها لم تتعد حدود التفسير المسموح به لها بمقتضى المادة ١٣٨ من القانون المدنى » .

١٨ — جوامع الكلم الفقهية والأصولية : [٢] ويعتبر من القانون

= مجرى التفضل بالالتزامات العقدية وغير العقدية ، فذكر أن قائد السيارة إذا اصطحب أحد أصحابه فى سيارته فانه يكون ملزماً له بالتعويض عما يصيبه من الضرر المترتب على الإسراع بالسيارة . ثم تكلم عن الهدايا التى جرى بها العرف ، وعلى أثر المجاملات فى قانون العقوبات والقانون الادارى ، وهو فى كل ذلك يتحف قراءه بالأمثلة المختلفة وبأحكام القضاء فيها ، فكان بذلك فصلاً ممتعاً (من ص ١٢١ لغاية ١٧٩) .

(١) ن . م ١٠ مارس سنة ١٩٣٢ فى الطعنين نمرة ٣٤ سنة ١ ونمرة ٢ سنة ٢ قضائية . وقد تدل أسباب هذا الحكم على أن المحكمة قد أعرضت عن النظر فيما أثبته قاضى الموضوع خاصا بثبوت حكم العرف فى مقاولات الحفر والردم مكتفية بالرد على الطاعن ، فيما ادعاه من خطأ فى تطبيق القانون ، بقولها ان المادة ١٣٨ من القانون المدنى تسمح بتقييد المطلق من شروط العقد بحكم العرف .

(٢) (les maximes de droit) ربرتوار دالوز فقرة ١٤٢٥ وما بعدها ، وملحق دالوز فقرة ٢٩٢ ، وفاى فقرة ١٠٤ ، وجارسونيه ص ٦٥٠ وهامشها ، وتعليقات دالوز ١٩٢٣ — ١٩٩٥ .

وقد كتب الأستاذ E. H. Serreaux فى مؤلفه (Technique de la jurisprudence en droit privé) فصلاً نفيساً (ص ١٤٨ لغاية ص ٢٠٤) فى القواعد الفقهية المأثورة عن الفقه الرومانى والكنسى والفرنسى ، بين فيه كيف وضعت هذه القواعد ، ومن عنى بجمعها قديماً وحديثاً ومظان وجودها ، ثم أتى على الشىء الكثير منها مبيناً ما شهدت بصحته النصوص القانونية ، وأردفه بالقواعد الأصولية التى درج الشراح على الأخذ بها فى تفسير نصوص القانون والعقود والاتفاقات ، ونقل الكثير منها عن مؤلف جوسيه (C. Gousset : le code civil =

جوامع الكلم الفقهية والأصولية التى استنبط أئمة الفقه معناها الجامع من الأصول

= et la théologie morale, 2e édit, 1855) ثم بين منهـا ما اقتضاه العدل وما حتمه النظام الاجتماعى وضرب لـكل نوع أمثالا كثيرة ، ثم قال : وقد كان المؤلفون والمحامون والفقهاء فى النصف الأول من القرن التاسع عشر يستشهدون بها كثيراً فى كتبهم ومرافعاتهم وأحكامهم ، ثم خف الاستشهاد بها شيئاً فشيئاً حتى أصبح لا يستشهد الآن منها إلا بما قصرت عبارته ، ثم شرح القواعد الأصوليـة المبنية على المنطق مثل « الفرع يتبع الأصـل accessorium séquitur principale » ومثـل : « لا عقد لمن لا إرادة له qui auctor est non se obligat » ومثـل « الباطل لا أثر له quod nullum est, nullum producit effectum » وبين ما يشهد لـكل من هـذه القواعد من نصوص القوانين وما جرى به قضاء محكمة النقض من الأخذ وعدم الأخذ بها ، ثم شرح كذلك بعض القواعد المبنية على النفع العام مثل « نقابة المحامين هى القيمة على جدولها l'ordre est maitre de son tableau » وقاعدة « لا دعوى إلا لذى مصـلحة pas d'intérêt pas d'action » وقاعدة « الجهل بالقانون لا يعتذر به » ثم قاعدة « الغنم بالغرم » ثم قاعدة « الجنائى يوقف المدنى » . . . ثم قال فى قوة هـذه القواعد : إنه فى أوائل القرن التاسع عشر كانت محكمة النقض تفرق بين القواعد التى تنسب إلى مصدر معترف به من مصادر القانون فتجرى عليها حكم مصدرها ، وبين القواعد التى لا تمت إلى هـذه المصادر بسبب فلا تعترف لها بأية قيمة قانونية ، ولهذا كانت ترفض الطعون المبنية على مخالفة القواعد الفقهية المنتزعة من العرف كقاعدة « غير الملك لا يقبـل منه التداعى بوكيل عنه » ، وتقبل الطعون المبنية على مخالفة قواعد الفقه الرومانى كقاعدة « una via electa non dature recursus ad alterumam » وترجمتها بالفرنسـية :

(une voie ayant été choisie, il n'est pas permis de recourir à une antre)

ثم رأت أن لا معنى لهذه التفرقة ، وأنه يجب اعتبار القواعد الفقهية سـواء أكان مصدرها العرف أم أحكام المحاكم أم القانون الرومانى من القواعد القانونية ، فأخذت تحكم بقبول الطعون المبنية على مخالفة القواعد الفقهية المنتزعة من العرف مثل قاعدة « غير الملك لا يقبل منه التداعى بوكيل عنه » (Nul ne plaide par procuraur sauf le Roi) ، أو المنتزعة من أحكام المحاكم مثل قاعدة (Habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia) التى ترجمتها :

(Celui qui est apte au mariage est capable pour les conventions matrimoniales).

ومعناها : « الأهل للزواج أهل لعقد الاتفاقات الزواجية المتعلقة بنظام أموال الزوجين » . أو المنتزعة من الفقه الرومانى كقاعدة (re incumbit probatio) ومعناها : « البينة على من ادعى لا على من أنكر » (qui dicit, non qui negat) . وختم المؤلف الفصـل بقوله : إن الظاهر من أحكام محكمة النقض أنها تعتبر القواعد الفقهية من القانون لها قوته ونفاذه ، كما تعتبر الخطأ فيهـا خطأ فى القانون (ص ٢٠٣) . وقد جمع ا . جوانو A. Jouanneau القواعد اللاتينية المشهورة وترجمها إلى الفرنســية فاذا هى أربعة آلاف قاعدة . وللمستشار فراجيت فى كتابه « فن القضاء L'Art de Juger » فصل قيم فى جوامع الكلم ذكر فيه المشهور منهـا مرتباً على الأحرف الهجائية (من ص ١٩٤ إلى ص ٢٧٩) .

الفقهية والأحكام الفرعية المنثورة فى أبواب القانون المختلفة ، ثم جرت منه مجرى الأصول وشهدت بصدقها تلك الفروع[(١)] .

ومن أشهرها قولهم : « locus regit actum » ومعناها « شكل العقد يحكمه قانون محل حصوله » ، وقولهم : « lex rei sitae » ومعناها « الأشياء العينية خاضعة لحكم قانون موقعها »[(٢)] ، وقولهم : «fraus omnia corrumpit»

---

(١) وللامام الشاطبى فى كتاب « الموافقات » كلام نفيس فى أصول الدين وأصول الفقه وكيف يستقريها فحول العلماء من الأصول العقلية والأحكام الفرعية إلى أن قال : وبهذا امتازت الأصول من الفروع ، إذ كانت الفروع مستندة إلى آحاد الأدلة وإلى مآخذ معينة فبقيت على أصلها من الاستناد إلى الظن ، بخلاف الأصول فانها مأخوذة من استقراء مقتضيات الأدلة باطلاق ومن آحادها على الخصوص (جزء أول من ص ١٠ إلى ص ١٦) .

(٢) وهاتان القاعدتان محترمتان ومتبعتان فى البلاد المتمدينة وفى مصر ، وأساس القاعدة الأولى محلية القانون وما يترتب عليها من خضوع كل عمل أو إجراء فى أرض الدولة لحكم قانونها احتراماً لسيادته المحلية فيها ، وإرادة التيسير ، ورفع الحرج عن العاقدين إذا اختلفت جنسيتهما أو شق عليهما اتباع قانون جنسيتهما المشترك . وأساس القاعدة الثانية النظام العام ، وقد أخذ بهذه القاعدة حكم لمحكمتنا أصدرته فى ٢١ يونيه سنة ١٩٣٤ (القانون والاقتصاد سنة ٤ رقم ٦٨) حددت به اختصاص المجالس الملية فى مسائل الوصية ، إذ حصرت هذا الاختصاص فى الأحوال الشخصية ، وجعلت التكييف فى الأحوال العينية للقانون المدنى الذى هو قانون محل العقار . ولهذا تعتبر القاعدة الأولى إجبارية إذا كان العقد وارداً على عقار فى غير البلد الذى تم فيه العقد وكان الغرض من العقد ترتيب حقوق عينية على العقار . ومن هذا لا يصح وقف العقار فى مصر إلا باشهاد يحرر على يد حاكم شرعى فى مصر ويسجل فى سجلات المحاكم الشرعية (راجع فى الشهادة لهاتين القاعدتين القانونين العثمانيين الصادرين فى ٧ صفر سنة ١٢٨٤ و ١٠ يونيه سنة ١٨٦٧ اللذين أباحا للأجانب حق امتلاك العقارات فى بلاد الدولة العلية ، بشرط خضوعهم لقوانينها . والمادة ٩ من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة التى جعلت جميع الدعاوى العينية العقارية من اختصاص القضاء المختلط دون القضاء القنصلى كلما كان فى الدعوى أجنبى . وراجع الاتفاق المعقود بين مصر وفلسطين فى ١٢ يناير سنة ١٩٢٩ الصادر به المرسوم المؤرخ فى ٢٧ يناير سنة ١٩٢٩ بشأن تبادل تنفيذ الأحكام الأجنبية الذى يوجب على الدائن تقديم صورة من الحكم المراد تنفيذه مستوفية لكل الشروط التى تجعلها صحيحة وطبقاً للقانون الذى صدر به الحكم . والمادة ٢٢ من المرسوم بقانون القنصليات الصادر فى ١٣ أغسطس سنة ١٩٢٥ الذى أباح للقناصل تحرير العقود الرسمية بين المصريين ، أو بين المصريين والأجانب ، أو الأجانب فقط ، مشترطاً فى حالة كون أحد الطرفين أجنبيا أن تكون هذه العقود خاصة بأموال فى مصر على أن يتخذ أصحاب الشأن الاجراءات التى يتطلبها القانون المصرى من تسجيل أو قيد أو تأشير أو غير ذلك . وراجع المادة ١٣٧ من لائحة ترتيب =

ومعناها « الغش يفسد كل شيء »[1] ، وقولهم : « nul ne peut s'enrichir aux depens d'autrui » ومعناها : « الغنم بالغرم » وتشهد له نصوص المواد ١٤٤ و ١٤٥ و ١٤٦ من القانون المدنى الخاصة بأحكام أشباه العقود ، وقولهم : « لا عبرة بالظن البين خطؤه » الذى تشهد له المادة ١٤٧ من هذا القانون ، و « الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة » ، و « تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة » ، و « البينة على من ادعى واليمين على من أنكر » ، و « كل يمين على البت إلا على نفى فعل الغير » ، و « استصحاب الحال يصلح حجة

= المحاكم الشرعية المعدلة بالقانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٢٠ التى قضت بمنع سماع دعوى الوقف والاقرار به أو استبداله أو غير ذلك من الشروط الأخرى إلا إذا صدر باشهاد شرعى ممن يملكه على يد حاكم شرعى أو مأذون من قبله كالمبين بالمادة ٣٦٠ من هذه اللائحة . راجع الزينى وأبا هيف عند كلام كل منهما فى هاتين القاعدتين) .

(١) ومن مواطن الأخذ بهذه القاعدة — وقد أخذ بها فقهاً وقضاء — التحيل على القانون . وللامام الشاطبى فى كتاب « الموافقات » فصل قيم كشف فيه عن حقيقة التحيل على الشرع وعن الباطل منه والمختلف على صحته وفساده ابتدأه بقوله : التحيل بوجه سائغ مشروع فى الظاهر ، وغير سائغ ، على إسقاط حكم أو قلبه إلى حكم آخر بحيث لايسقط أو لا ينقلب إلا مع تلك الواسطة ، فتفعل ليتوصل بها إلى ذلك الغرض المقصود مع العلم بكونها لم تشرع له ، فكأن التحيل مشتمل على مقدمتين : إحداهما قلب أحكام الأفعال بعضها إلى بعض فى ظاهر الأمر ، والأخرى جعل الأفعال المقصود بها فى الشرع معان وسائل إلى قلب تلك الأحكام . وبعد أن ضرب له أمثالا كثيرة قال : وعلى الجملة فهو تحيل على قلب الأحكام الثابتة شرعاً إلى أحكام أخر بفعل صحيح الظاهر لغو فى الباطن سواء أكانت الأحكام من خطاب التكليف أو من خطاب الوضع (الجزء الثانى ص ٢٦٤ إلى ص ٢٦٦) .

ومن التحيل على القانون أن يغير الخصوم الظروف التى تدعو إلى تطبيقه بقصد الهرب من تطبيقه وجعل قانون آخر يطبق محله . ومن وقائعه : شركة من شركات المساهمة يراد تأسيسها لتعمل فى مصر فيرى مؤسسوها شدة ما فى القانون المصرى من شروط وإجراءات فيلجأون إلى بلد آخر حيث تكون الاجراءات وشروط التأسيس سهلة ، فيؤسسون شركتهم فيه وفق قانونه ثم يعودون لمصر ويقومون بالعمل فيها . فهل هذه الشركة صحيحة فى مصر أم لا ؟ قد حكمت المحاكم بابطالها (الزينى ص ١٩٩ وما بعدها) . وما أحسن ما قاله الأستاذ أرمنجون : إن القواعد الدولية مقصود بها الوصول إلى حل يعتبره الشارع حقاً وعدلا فلا يصح للخصوم أن يحولوها عن غرض الشارع منها (أرمنجون جزء أول ص ٢٣٩) وهو معنى كلام الشاطبى غير أن لكلام الشاطبى حلاوة وروعة خاصة .

دافعة لا ملزمة »[1] إلى غير ذلك من القواعد الفقهية والأصولية الكثيرة[2] .

ويقول تيسيه : إن الظاهر أن قضاء محكمة النقض قد جرى على نقض الأحكام المخالفة لتلك القواعد القانونية المشهورة لانزالها إياها منزلة القانون . ثم يقول : إن المادة ١٧ من قانون ٢٧ نوفمبر سنة ١٧٩٠ ولو أنها تنص على أن محكمة النقض يجب عليها أن تورد فى حكمها النص القانونى الذى خولف واقتضت مخالفته نقض الحكم المطعون فيه ، إلا أن محكمة النقض مع ذلك كثيراً ما نقضت أحكاماً خالفت بعض تلك القواعد المشهورة وأوردت فى أحكامها الناقضة أقرب المواد القانونية لمعنى تلك القواعد[3] .

١٩ — آراء الفقهاء وأحكام المحاكم[4] : لاشك فى أن آراء الفقهاء

(١) فحياة المفقود لما كانت ثابتة بطريق الاستصحاب جاز اعتبارها حجة لدفع الاستحقاق فلا يورث ماله ، ولا تصلح حجة للاستحقاق حتى لو مات قريبه لا يرثه المفقود لاحتمال موته .

(٢) فى كتابى « الأشباه والنظائر » للسيوطى الشافعى وابن نجيم الحنفى كثير من هذه القواعد وتفريعاتها منها : « إنما الأعمال بالنيات » و « الأمور بمقاصدها » و « الأصل براءة الذمة » و « الأصل العدم » و « الأصل فى الأشياء الاباحة » و « المشقة تجلب التيسير » و « لا ضرر ولا ضرار » و « التابع تابع » (ومن فروعها أن التابع لا يفرد بحكم والتابع يسقط بسقوط المتبوع ، والتابع لا يتقدم على المتبوع) و « الشبهة تسقط الحد » و « إذا اجتمع أمران من جنس واحد ولم يختلف مقصودهما دخل أحدهما فى الآخر غالباً » و « إعمال الكلام أولى من إهماله » و « التأسيس أولى من التأكيد » و « الرخص لا تناط بالمعاصى » و « الرضا بالشىء رضا بما يتولد منه » و « لا ينسب إلى ساكت قول » و « ما لا يقبل التبعيض فاختيار بعضه كاختيار كله ، وإسقاط بعضه كإسقاط كله » .

(٣) ع . ف ١٧ يوليه سنة ١٩٠٥ (س ٩٠٩ — ١ — ١٨٨) الذى نقضت به الحكم المطعون فيه لمخالفته القاعدة (In pari causa turpitudinis cessat repetitio) وترجمتها : (lorsque la turpitude, il n'y a pas lieu à répétition) وجعلت النص الذى خولف هو نص المادة ١١٣١ من القانون المدنى — ن . ف ٢٠ يوليه سنة ١٩٠٩ (س ٩١٥ — ١ — ١٦٥) لمخالفته القاعدة (locus regit actum) وجعلت النص الذى خولف هو نص المادة ٩٧٠ من القانون المدنى . وهناك أحكام أخر اكتفت فيها محكمة النقض بايراد نص القاعدة القانونية التى خولفت مثل حكم ع . ف ٢١ يونيه ١٨٨٠ (س ٨١ — ١ — ٢٧٩) وع . ف ١٥ يونيه ١٨٩٢ (س ٩٣ — ١ — ٢٨١) والقاعدة هى « الغرم بالغنم » و ن . ف ٥ يونيه ١٩١٨ (د ٩٢٢ — ١ — ٦٠) (راجع تيسيه ص ٤٧٥ وهامش ٢ و ٣) .

(٤) اقرأ كتاب الأستاذ (برو Perreau) الذى وضعه فى دراسة أحكام المحاكم وسبقت الإشارة إليه فانه من أحسن الكتب .

وأحكام المحاكم التى تستنبطها من القانون على ضوء التاريخ والتشريع المقارن مع مراعاة الأحوال الاجتماعية والاقتصادية الجارية فى البلد وقواعد العدل والمنطق — أيا كانت طريقة الاستنباط — هما مصدران مهمان لكثير من القواعد والأحكام التفصيلية المعمول بها الآن(١) . ولا ريب فى أن الرأى الذى يراه الفقيه فى مسألة نظرية يفترضها ، والمذهب الذى يأخذ به القاضى فى حل مسألة معينة تطرح أمامه ليفصل فيها ، لا يمكن أن يصير قاعدة قانونية تكون واجبة الاتباع والنفاذ كالقاعدة الأصلية المنصوص عليها ؛ ولهذا لا يجوز الطعن فى الحكم لمجرد مخالفته لما انعقد عليه إجماع الفقهاء أو جرى به قضاء المحاكم(٢) . على أن الطعون التى تبنى على مخالفة الأحكام لما انعقد عليه إجماع الفقه والقضاء تتضمن فى الواقع الطعن بمخالفتها للقانون أو بخطئها فى تطبيقه أو فى تأويله ، على اعتبار أن ما انعقد عليه هذا الإجماع هو الوجه المعتبر فى القانون .

٢٠ — قواعد العدل ومبادئ القانون الطبيعى : وإذا أخذ القاضى عند سكوت القانون أو غموض نصوصه أو قصورها بقاعدة من قواعد العدل عملاً بأحكام المادتين ٢٨ و ٢٩ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية أو بأحكام المادة ٣٤ من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة والمادة ١١ من القانون المدنى المختلط ، فهل يخضع

---

(١) اقرأ طريقة الأستاذ جينى فى استثمار الأحكام الفرعية التى أسماها (la libre recherche scientifique أى البحث العلمى الحر) (جزء ٢ من ص ٧٤ إلى ص ٢٣٤) .

(٢) وستعلم أن هناك صورة واحدة يكون فيها حكم محكمة النقض هو حكم القانون الواجب اتباعه ، ولكنه لا يقيد إلا المحكمة التى تحال إليها الدعوى وفى شأن القضية المحالة وحدها ، أما فيما عدا هذه القضية فلا تتقيد تلك المحكمة ولا أية محكمة أخرى بالقاعدة القانونية التى تكون قررتها محكمة النقض . واقرأ مع ذلك فصلاً للأستاذ بروفيا لأحكام محكمة النقض من القوة والاعتبار فى العمل جزء أول من ص ٦٧ لغاية ص ١٠١ وتقرير المستشار ريفيير Rivière (س ٨٣ — ١ — ١٧١) فى الأخذ بقضاء محكمة النقض فى تحديد مسؤولية الموثقين عن أخطائهم . ويقرب هذا النظر من نظر نفاة القياس كله فى الفقه الإسلامى (راجع الجزء الأول من أعلام الموقعين للامام ابن القيم ص ٢٩١ الطبعة المنيرية) .

قضاؤه لرقابة محكمة النقض على اعتبار أن قواعد العدل تصبح حينئذ من القانون الوضعى ، أم لا يخضع لهذه الرقابة اعتباراً بأنها ليست من القانون ؟ .

يحسن بنا قبل الإجابة على هـذا السؤال فى الفقه المصرى أن نورد جوابه فى الفقه والقضاء الفرنسيين فنقول :

٢١ — إن الفكرة التى كانت تسود عصر التقنين فى أواخر القرن السابع عشر هى أن القانون يحيط بنصوصه جميع الحوادث التى وضع ليحكمها ، وأن الفقيه أو القاضى لا ينبغى له أن يتجاوز الظاهر من معناها فى خاصها وعامها ، وأن تفسير القانون ينبغى أن يبقى زمامه كله بيد السلطة التشريعية تتولاه بنفسها عند الحاجة لأنه أدخل فى اختصاصها منه فى اختصاص السلطة القضائية ، ولهذا نص الشارع الفرنسى فى المادة العاشرة من الباب الثانى من القانون النظامى الصادر فى ١٦ — ٢٤ أغسطس سنة ١٧٩٠ على أصل الفصل بين السلطتين التشريعية والقضائية، وفى المادة ١٢ من هذا الباب على أن تفسير القانون من خصائص السلطة التشريعية تتولاه بإجراءات رسمها وأطلق عليها اسم التفسير التشريعى (le référé législatif)[١]

ولما أنشأت الجمعية التأسيسية مجلس النقض ذكرت فى قانون إنشائه الصادر فى ٢٧ نوفمبر — أول ديسمبر سنة ١٧٩٠ أنها إنما أنشأت هذا المجلس وأقامته بجانب السـلطة التشريعية وأتبعته لها ليراقب تحت إشرافها تطبيق ما صدر من الأوامر واللوائح المتبعة وما وعدت بإصداره من القوانين ، وليبطل كل حكم اشتمل على مخالفة صريحة للقـانون (une contravention expresse à la loi) ثم يحيل القضية إلى محكمة أخرى لتفصل فيها ، لا على مقتضى ما رآه المجلس بل على ما تراه هى ، فإن فصلت محكمة الإحالة فى الدعوى على نحو ما سبق أن فصلت به المحكمة الأولى وطعن فى حكمها وبقى مجلس النقض على رأيه الأول ثم قضت محكمة الإحالة

(١) راجع أقوال النائب لشابليه Le Chapellier ، الموضحة لأغراض هـذا القانون والروح السائدة فيه ، فى چينى جزء أول فقرة ٤٥ ص ٩١

الجديدة على نحو ما قضت به محكمة الموضوع والإحالة ، وجب على محكمة النقض رفع الأمر إلى السلطة التشريعية لتصدر مرسوماً بما تقرر أنه حكم القانون فى المسألة القانونية المختلف عليها (un décret déclaratoire de le loi)

ولما لم يتسع الوقت للجمعية التأسيسية لإصدار ما وعدت بإصداره من مجموعة القوانين المدنية ولائحة الطعن بطريق النقض ، أصدرت أمرها لمجلس النقض باتباع لائحة سنة ١٧٣٨ التى أنشأت ورتبت مجلس الملك من قبل ونظمت طريقة الطعن بالنقض أمام هذا المجلس ، فسارت محكمة النقض الجديدة على مقتضى قانون إنشائها والقانون النظامى السابق لها ، ولائحة سنة ١٧٣٨ لا تعرف من القانون إلا ما أصدرته السلطة التشريعية وما جرى به العرف بشروطه المعروفة ، فكانت المحكمة تشترط لقبول الطعن أن يذكر الطاعن فى عريضته نص القانون الذى يزعم أن الحكم قد خالفه مخالفة صريحة ، وكانت ولا تزال تحرص على الإشارة إلى هذا النص فى الأحكام التى تصدرها بقبول الطعون . أما رقابتها على تطبيق القانون فقد كانت سلبية مقصورة على تقرير نقض الأحكام متى وقعت فيها على مخالفة صريحة لنص من نصوص القانون [١] ، من غير أن تبين رأيها القانونى فى المسألة المطروحة عليها [٢] .

واكتفت محكمة النقض بهذه الرقابة حيناً ثم أخذت تتدخل شيئاً فشيئاً فى تطبيق القانون وتفسيره على نحو ما سبقت الإشارة إليه فى المقدمة التاريخية لهذا الكتاب ، فكانت لا تلتجىء إلى التفسير التشريعى إلا فى أندر الأحوال ،

---

(١) ولقد استبدلت بهذه العبارة عبارة أخرى (une contravention aux textes de la loi) فى دستور سنة ٣ — ١٤ سبتمبر سنة ١٧٩١ ودستور ٢٤ يوليه سنة ١٧٩٣ ودستور ٥ فريكتور سنة ٣ ودستور ٢٥ برعور سنة ٨ وقانون ٢٠ أبريل سنة ١٨١٠ ، ولم يظهر لهذا التغيير أثر يذكر فى أحكام محكمة النقض فى ذلك العهد .

(٢) راجع جينى جزء ١ ص ٨٩ و ٩٠ وجارسونيه ج ٦ ص ٧٠٤ وهامش نمرة ١٥ والمادة ١٧ من قانون ٢٧ نوفمبر سنة ١٧٩٠

حتى ألغى التفسير الاختيارى[١] منه إلغاء ضمنياً بالمادة الرابعة من القانون المدنى التى حرمت على القاضى الامتناع عن الحكم بعلة سكوت القانون أو غموضه أو قصوره . (sous pretexte de silence, d'obscurité ou d'insuffisance de la loi) وجعلته مسؤولاً عن ذلك مسؤولية جنائية (المادة ١٨٥ من قانون العقوبات) كما ألغى التفسير الاجبارى منه بقانون أول أبريل سنة ١٨٣٧ الذى قضى بأنه إذا نقض الحكم وفصلت محكمة الإحالة فى الدعوى بمثل ما حكمت به محكمة الموضوع ثم طعن فى هذا الحكم بنفس الأسباب التى بنى عليها الطعن فى الحكم الأول فإنه يكون على محكمة النقض بدوائرها المجتمعة أن تفصل فى المسألة المختلف عليها ، ثم يكون على المحكمة التى تحال إليها الدعوى أن تتبع رأى محكمة النقض الذى فصلت به فى هذه المسألة .

ولئن كان إلغاء التفسير التشريعى قد أفسح لمحكمة النقض مجال الرقابة على تفسير القانون وتطبيقه فإنها — وهى متأثرة بقانون إنشائها والقوانين السابقة له — ما فتئت تتحرج من بسط رقابتها على بعض نواح من ميدان تطبيق القانون وتفسيره ، ولذلك تراها تتحرج فى رقابة تطبيق القوانين الأجنبية وتفسيرها إلا إذا اشتمل الحكم المطعون فيه على مخالفة صريحة لنص من نصوص القانون الفرنسى ، كما تتحرج فى رقابة تطبيق القواعد القانونية التى تستنبطها المحاكم وتقضى على مقتضاها عند سكوت القانون أو غموضه أو قصوره ، لأنها لا تعتبرها فى شىء من القانون الفرنسى الواجب عليها حراسته وتوحيد القضاء به . ولم يحمد كثير من الفقهاء

---

(١) المعروف من التفسير التشريعى نوعان : التفسير التشريعى الاجبارى وهو الذى يكون بناء على طلب محكمة النقض عند إصرار محكمة الموضوع على رأيها ثلاث مرات ، مخالفة فى ذلك رأى محكمة النقض الذى أصرت عليه مرتين . والنوع الثانى هو التفسير التشريعى الاختيارى ويكون بناء على طلب محكمة ترى وقف النظر فى الدعوى والرجوع إلى السلطة التشريعية لمعرفة حكم القانون فيما سكتت عنه النصوص أو عند غموضها أو قصورها (راجع فى التشريعات التى صدرت قبل قانون أول أبريل سنة ١٨٣٧ مقالنا فى مجلة القانون والاقتصاد س ٢ ص ٨١ وص ٨٢ بالمتن والهامش وجينى جزء أول ص ٨٥ وما بعدها بالمتن والهامش أيضاً) .

هذا التحرج منها ولا يزالون يؤملون أن تمد رقابتها إلى كل نشاط فى نواحى القانون [(١)] .

٢٢ — هذا هو مذهب الفقه الفرنسى وقضاء محكمة النقض الفرنسية ، أما فى مصر فينبغى التنبيه أولاً على وجوب إبعاد الصور التى يكون فيها قاضى الدعوى قد خالف حكم القانون فقضى فيها — مراعاة للعدل والإنصاف — بغير القاعدة المعروفة منه ، فإن حكمه حينئذ يجب إخضاعه لرقابة محكمة النقض لتنقضه جبراً لمخالفة القانون ، وهو ما أخذت به محكمة النقض المصرية فى حكمين أصدرتهما بتاريخ ١٤ يناير سنة ١٩٣٢ و ١٥ نوفمبر سنة ١٩٣٤ حيث قررت بحكمها الأول أن الالتزام العقدى لا ينقضى بالفسخ إلا إذا أصبح الوفاء غير ممكن نطروء حادث جبرى لا قبل للملتزم بدفعه أو التحرز منه ، فإن كان الحادث الطارىء لا يبلغ أن يكون كذلك بل كان كل أثره هو أن يجعل التنفيذ مرهقاً للمدين فحسب فلا ينقضى الالتزام ، و إذن فالحكم الذى يقرر المساواة بين هذين الحادثين من حيث أخذه بالفسخ فى كليهما زعما أن القانون المصرى و إن لم يقرر نظرية انفساخ الالتزام بالظروف الطارئة التى لم يكن يتوقعها العاقدان والتى تجعل التنفيذ مرهقاً للمدين ، إلا أنه قد أباح الأخذ بها فى بعض الحالات حيث تدعو مقتضيات العدالة وروح الإنصاف إلى ذلك ، وزعما كذلك أن فى نظريتى الإثراء على حساب الغير والإفراط فى استعمال الحق ما يؤكد هذا النظر — الحكم بذلك على هذا الزعم مخالف للقانون متعين نقضه ، لأن الشارع و إن كان قد أخذ بنظرية حسبان الطوارئ فى بعض الأحيان إلا أنه قد استبقى زمامها بيده يتدخل بها فيما شاء وقت الحاجة

(١) چينى ص ٩٦ و ص ٩٧ جزء أول وهامش ١ و ٢ ، وجارسونيه جـ ٦ ص ٦٥٠ و (Tarbé) فى كتابه « Lois et Règlements à l'usage de la Cour de Cassation » وتعليق لابيه على حكم ١٢ أغسطس سنة ١٨٨٥ (س ٨٥ — ١ — ١٩٣ ، ١٩٤) وتعليق ليون كان على حكم ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٠٧ (سيريه ٩٠٨ — ١ — ١١٤) ومقال كولان فى مجلة القانون الدولى الخاص سنة ١٨٩٠ (ص ٧٩٧ وما بعدها) وتعليق بيليه (سيريه ٩٣ — ٤ — ١٠) و (سيريه ٩٥ — ١ — ٤٥١) و (سيريه ٩٩ — ١ — ١٤٧) .

و بالقدر المناسب لمصلحة العاقدين كليهما ، فما يكون للقضاء إلا أن يطبق القانون على ما هو عليه [(١)] .

وقررت بحكمها الثانى أن القانون المصرى لم يرد فيه ما يجعل الإنسان مسؤولاً عن مخاطر ملكه التى لا يلابسها شيء من التقصير ، بل إن هذا النوع من المسؤولية يرفضه الشارع المصرى بتاتاً ، فلا يجوز للقاضى — اعتماداً على المادة ٢٩ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية — أن يرتبه على اعتبار أن العدل يسيغه ، إذ أن هذه المادة لا يصح الرجوع إليهـا إلا عند معالجة الشارع لموضوع ما وعدم وضعه لأحكام صريحة فيه جامعة مانعة ؛ و إذن فالحكم الذى يرتب مسؤولية الحكومة مدنيا عما يحدث لعامل على نظرية مسؤولية مخاطر الملك التى لا تقصير فيها (المسؤولية الشيئية) يكون قد أنشأ نوعا من المسؤوليـة لم يقرره الشارع ولم يرده ، و يكون إذن قد خالف القانون و يتعين نقضه [(٢)] .

بعد ابعاد هـذه الصور نقول إن الصحيح عندنا هو اعتبار ما يأخذ به قاضى الدعوى من القواعد الفقهية فى حل المسألة المطروحة عليـه أنه من مادة القانون (بمعناه الأكمل) سواء أكانت القاعدة قد استنبطها القاضى مباشرة من نص معين فى القانون ، أم بأية وسيلة من وسائل الاجتهاد المعروفة فى أصول القانون وفقهه . و إنا نعتمد فى رأينا هذا على ما يأتى :

لم يكتف شارعنا بما اكتفى به الشارع الفرنسى من النص فى المادة الرابعة من القانون المدنى على محاكمة القاضى ومجازاته بالعقوبة المبينة فى المادة ١٨٥ من قانون العقوبات إذا هو امتنع عن الحكم فى الدعوى معتلا بخلو القانون من النص على ما يحكم به فيها أو بعدم كفاية النص الموجود أو بغموضه ، بل إن شارعنا أوجب على القاضى الحكم بمقتضى قواعد العدل فى المواد المدنية ، و بمقتضى تلك القواعد

(١) المحاماة سنة ١٢ رقم ٣٥٩ ص ٧٣٣ .
(٢) ١٥ نوفمبر سنة ١٩٣٤ (القانون والاقتصاد سنة ٥ رقم ٥) .

أيضاً و بموجب العادات التجارية فى المواد التجارية (المادة ٢٩ من لائحة ترتيب المحاكم). ونعتقد أن ليس المراد «بقواعد العدل والإنصاف» مايهتدى إليه القاضى — فى خصوصيات الدعاوى بظروفها — من وجه الحكم، بضميره وشعوره وتقديره بروح العدل والإنصاف الموجود فى فطرة الإنسان وجبلته[1]، بل المراد بها القواعد القانونية التى يستنبطها القاضى من فقه القانون وأصوله.

ولقد كان معنى المادة الرابعة من القانون المدنى الفرنسى أن لا حجة للقاضى على القانون، ولا على المتقاضين، إذا لم يجد فى القانون نصاً صريحاً يحكم به، أو رأى النص غير كاف، أو أن به ابهاما، بل ينبغى له أن يتفهم و يجتهد فى استنباط القاعدة الفقهية المناسبة بكل ما لديه من وسائل الاستنباط العلمية؛ ذلك لأن القانون لا تستطيع نصوصه الإحاطة بجميع الروابط القانونية التى ينشئها بين الناس مختلف المعاملات الجارية بينهم، المتغيرة إلى غير حد بتغير الأحوال الاجتماعية والاقتصادية، المتغيرة هى إلى غير حد كذلك، ولأن أى قانون يوضع لتنظيم علاقات الناس فى شأن من الشؤون لا يشتمل فى الواقع إلا على القواعد الكلية التى يعتقد الشارع كفايتها، تاركا للقاضى مهمة استخراج الأحكام الفرعية بما توفر له من وسائل الاجتهاد المعروفة. و إذا كان نص المادة الرابعة المتقدم الذكر يدل باقتضائه على وجوب الاجتهاد والقضاء فى الدعوى بما يستنبطه القاضى من فقه القانون بجميع وسائل التفسير والاستنباط العلمية، فقد جاء نص المادة الثالثة من القانون الايطالى سنة ١٨٦٥ صريحاً فى هذا المعنى، إذ جاء به أنه إذا لم يجد القاضى نصاً معيناً (une décision précise de la loi) فى المسألة المتنازع فيها فعليه أن يحكم فيها بما نص عليه فى نظائرها، فإذا خفى القياس فعليه أن يقضى بمقتضى القواعد

(١) اقرأ فى كتاب فن القضاء لفبراجيت فى الفصل الذى عقده للعدالة باعتبارها مصدراً من مصادر القانون قطعاً ثمينة فى نهى القضاة عن الحكم بقواعد العدل بالمعنى المبين فى المتن (من ص ٣٩٧ إلى ٤٠٢ وهوامشها).

القانونية العامة[١] . (les principes généraux du droit) . وقد جاءت المادة الأولى من القانون السويسرى فزادت هـذا المعنى وضوحاً حيث قالت : « إذا لم يجد القاضى النص القانونى المنطبق على الدعوى حكم فيها بقواعد العرف ، فإن لم يجد فيها ما يمكن الاعتماد عليه فى الحكم قضى بالقاعدة التى يضعها هو ، كما كان يضعها الشارع نفسه[٢] ، مسترشداً فى ذلك بآراء الفقهاء وقضاء المحاكم » .

ولا نشك فى أن شارعنا قد نظر إلى ما جاء فى القانون الايطالى عند وضعه القانون المدنى المختلط ولائحة ترتيب المحاكم المختلطة ، ولذلك جاءت المادة ١١ من هذا القانون والمادة ٣٤ من هذه اللائحة تنصان على أنه إذا لم يوجد فى القانون نص صريح ، أو كان النص غير كاف أو فيه إبهام يحكم القاضى بما تقتضيه قواعد العدل والإنصاف ، ونصهما فى الأصل الفرنسى هو :

« En cas de silence, d'insuffisance ou d'obscurité, le juge se conformera aux principes du droit naturel et de l'equité. »

ثم إنه أعاد النظر فى هاتين المادتين عند وضع القانون المدنى الأهلى ولائحة ترتيب المحاكم الأهلية فرأى أن يكتفى فى أداء هذا المعنى بالنص الذى وضعه فى

---

(١) مسينا جـ ١ من كتابه فى القانون المدنى المختلط ص ٢٢٣ ، وبهامشه نص هذه المادة باللغة الإيطالية .

(٢) وإليك نص المادة الأولى من القانون المدنى السويسرى الصادر فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٠٧ .

« La loi régit toutes les matiéres auxquelles se rapportent la lettre ou l'esprit d'une de ses dispositions.

A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à defaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur.

Il s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurispru dence ».

راجع ترجمة هـذا القانون من أصله الألمانى لماكس . إ . فورت وعليه تعليقات الأستاذ إيجين كورتى فورير (Eugène Curti Forrer) . ويقول المعلق على هذا القانون فى هامش ١٠ : إن ما ينتهى إليه القاضى من وضع هذه القواعد يكون خاضعاً فيه لرقابة محكمة الاتحاد السويسرى بمقتضى المادة ٥٦ من قانون تشكيلها .

المادة ٢٩ من لائحة الترتيب وعبارته : « إذا لم يوجد نص صريح فى القانون يحكم القاضى بما تقتضيه قواعد العدل » . (se conformera aux principes de l'equité) ويحكم فى المواد التجارية بمقتضى تلك القواعد وبموجب العادات الجارية .

ولقد أحسن الإحسان كله فى إسقاط عدم كفاية النص وانبهامه الواردين فى القانون المختلط وفى لائحة ترتيب المحاكم المختلطة ، ثم فى الاكتفاء بقواعد العدل مستغنيا بها عن أصول القانون الطبعى الواردة فى القانون المختلط وفى لائحة الترتيب كذلك . ولعله أدرك أنه لا فائدة من ذكر أصول القانون الطبعى لأن هذه الأصول إن أريد بها — كما رآه بعضهم — ما يدركه الإنسان بفطرته وعقله من أصول العدل العام الشامل للإنسانية كلها ، كانت غير منضبطة إذا أريد إنزالها على خصوصيات الحوادث والنوازل المختلفة ، وإن أريد بها قواعد الفقه النظرية (le droit rationnel, le droit théorique) كما رآه بودرى كانت عبارة « أصول العدل » ، بمعنى قواعد الفقه وأصول القانون ، كافية فى أداء المعنى المراد[1] .

على أن المستشار مسينا يقول إن قضاء المحاكم المختلطة قد فهم من نص المادة ١١ من القانون المدنى المختلط ، ومن المادة ٣٤ من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة القواعد الكلية الثلاث الآتية :

الأولى — أنه لا يجوز للقاضى أن يحكم بقواعد العدل (les règles d'équité) إذا كان وجه الحكم فى الدعوى بمقتضى القانون صريحاً فيه (Quand la raison de décider d'après la loi est claire et formelle) .

الثانية — أنه لا يجوز للقاضى بعلة مراعاته للعدل والإنصاف أن يقضى فى الدعوى بغير القواعد القانونية المنطبقة عليها ، أو أن يستبدل بها قواعد أخر

(١) مطول بودرى جـ ١ فى الأشخاص فقرة ٦ ص ٥ .

مقررة فى قانون أجنبى أو بأصول القانون الطبعى .

الثالثة — أنه لا يجوز للقاضى أن يلتجئ إلى أصول القانون الطبعى أو قواعد العدل إذا كان يمكن سد خلو القانون بالرجوع إلى قياس المسألة على ما يماثلها وتعدية حكم هذه إليها هى ، أو بالرجوع إلى القواعد العامة للقانون المختلط[١] .

« par application analogique d'une norme édictée pour des cas similaires, ou par opplication des principes généraux du droit mixte ».

و بعد أن بين مسينا أسباب خلو القانون من النص وقال إنها ترجع إما إلى أن الرابطة القانونية التى يراد معرفة القاعدة الفقهية الواجب تطبيقها عليها قد ولدتها حالة اجتماعية طارئة لم تخطر لا هى ولا نوعها على بال الشارع عند وضع تشريعه ، و إما إلى أن هذه الرابطة و إن لم يرد بالقانون نص يحكم نوعها التى يمكن إدراجها تحته يكون قد نص على حكم ما يماثل نوعها — بعد أن بين هذه الأسباب قال إن المراد من إلزام القاضى بالرجوع إلى قواعد العدل عند خلو الحكم من النص فى المسألة القانونية المطروحة عليه ، إنما هو قياسها على ما ماثلها وتعدية حكم الأصل إلى الفرع ، أو الرجوع إلى القواعد العامة المعروفة فى فقه القانون المختلط على ما يفهم من نصوصه وفقهه . وانتهى من هذا إلى القول بأن القضاء المختلط و إن كان كثيراً ما يذكر فى أحكامه أنه حكم فى الدعوى تطبيقاً لأصول القانون الطبعى أو لقواعد العدل ، إلا أنه لا يقصد من ذلك أنه سبح فى الخيال على قاعدة من قواعد القانون الطبعى فاهتدى إليها وحكم بها ، و إنما يقصد أنه رجع إلى القواعد العامة التى استقرت فقها أو تقررت فى الشرائع الأجنبية المختلفة أو فى مشروعات قوانين بعض الدول ، اعتباراً بأنها قد دخلت واستقرت فى علم الفقه العام[٢] .

و إذا صح هذا النظر — ولا شبهة عندنا فى صحته — صح القول بأن مقصود

(١) مسينا : القانون المدنى المختلط ج ١ ص ٢٢٨ ، ٢٢٩ .

(٢) المرجع المتقدم ص ٢٢٨ .

الشارع فى القانون الأهلى من إحالة القاضى إلى أصول العدل (Les principes de l'équité) فى حالة خلو القانون من نص صريح على المسألة التى يراد معرفة القاعدة القانونية المنطبقة عليها ، إنما هو حض القاضى على الاجتهاد فى فقه القانون لاستنباط الأحكام الفرعية المختلفة ، بطريق القياس أو بغيره من الطرق الأصولية المعروفة ، ليطبقها على صور الدعاوى المتماثلة تطبيقاً واحداً يحقق حسن سير العدالة .

و إذا صح هذا ، وصح أن الشارع يكون قد أشار بهذا النص إلى اعتبار قياس الشبه وقياس العلة مصدرين من مصادر القانون ، كما هما أصل من أصول الأحكام فى الفقه الإسلامى[١-٢] ، كان لا مندوحة عندنا من القول بأن أحكام المحاكم

(١) يقول الشيخ عبد الوهاب خلاف فى مقال نفيس نشرته مجلة القانون والاقتصاد (س ٥ ص ٥٠٨ إلى ٥٢٦) بعنوان (السلطات الثلاث فى الإسلام) : « إن القانون الأساسى فى الإسلام مكون من آيات الأحكام التى جاءت فى القرآن ، ومن أحاديث الأحكام التى صدرت عن الرسول . وهذا القانون تشريع عام للمسلمين كافة فى كل زمان ومكان . وكل حركة تشريعية فى الإسلام من أى مجتهد فى أى عصر يجب ألا تخرج عن حدوده ولا تعارض نصا من نصوصه أو أصلا من أصوله » . قال : « وآيات الأحكام فى القرآن لا يزيد عددها على مائتى آية (مع أن عدد آيات القرآن ستة آلاف آية) ويلاحظ فيها : أولا — أن كثيرا منها يقرن فيها بيان الحكم ببيان حكمة تشريعه والمصلحة التى اقتضته ، وفى ذلك إذن بالاجتهاد لاستنباط الأحكام التى تقتضيها مصالح الناس — ثانيا — أن أكثر هاته الآيات تبين الحكم على وجه الاجمال كقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » من غير تفصيل أنواع العقود وضروب الالتزام الواجب الايفاء بها ، وقوله تعالى : « وأحل الله البيع وحرم الربا » من غير بيان الربا الذى حرم ، والبيع الذى أحل . . . . » ثم قال : « والحكمة فى هذا الاجمال ألا يكون فى نصوص القانون حرج وأن تتسع لما يجد من حاجات وجزئيات لأنه ما دام قانونا عاما للناس كافة فى كل زمان وأى مكان لا بد أن تتقبل نصوصه المصالح المختلفة ويكون لولاة الأمور فيها سعة . . . . فالسكوت عن التفصيل هو المثل الأعلى وحد الكمال للتشريع العام الذى لايخص أمة دون أمة ولا عصراً دون عصر » قال : « وما جاء بأحاديث الأحكام لايخرج عن أحد أمرين : إما أن يكون بيانا وتفصيلا لأحكام جاءت بالقرآن على وجه الاجمال ، فالله حرم الربا ، والرسول بين الربا الذى حرم بحديث الأشياء الستة : « الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح ، مثلا بمثل ، سواء بسواء ، ويداً بيد ، فمن زاد أو ازداد فقد أربى ، فاذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد » . والله أمر بايتاء الزكاة ، والرسول بين النصاب التى تجب الزكاة فيه والمقدار الواجب أداؤه وموعد الأداء وشروطه فتكون الزكاة التى أمر الله بايتائها هى على الوجه الذى بينه الرسول . أما الأحاديث التى تقرر =

المخالفة لهذه القواعد المستنبطة من أصول القانون وفقهه تخضع لرقابة محكمة النقض خضوع الأحكام المخطئة فى تفسير القانون لهذه الرقابة . ولا يمنع من هذا النظر فى مصر ما منع محكمة النقض الفرنسية من مثله استناداً إلى ما جاء فى لائحة ترتيبها

= حكما ليس فى القرآن فهى تصدر عن اجتهاد الرسول وهو يرجع فى اجتهاده إلى أحكام القرآن وإلى ما يؤخذ من أصوله العامة : فالله حرم الجمع بين الأختين ، والرسول حرم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها قياساً على تحريم الأختين وأشار إلى وجه القياس بقوله : « إنكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم » . والله حرم الأمهات من الرضاعة والاخوات من الرضاعة ، والرسول حرم من الرضاع كل ما تحرم من النسب قياساً على الأم والأخت . وهكذا كل حكم قررته السنة وليس فى الكتاب نص عليه فرجعه إلى نص فى القرآن أو أصل من أصوله العامة أو ما تدل عليه جملة آياته » .

(٢) إن جمهور الفقهاء المسلمين قد جعلوا الاجماع والقياس أصلين من أصول الأحكام (أى مصدرين من مصادر الشريعة) مستدلين فى ذلك بآيات القرآن وبالسنة وبأعمال الصحابة والتابعين . وللامام الأكبر ابن القيم الجوزية جزءان كاملان من كتابه « أعلام الموقعين » تكلم فيهما على القياس والقائسين ونفاة القياس وشبههم ، وأتى فيه بالعجب العجاب ومما قاله : إن المراد « بالاعتبار » الوارد ذكره فى الآيات القرآنية التأمل فى معانى النصوص لنعمل بما وضح من معناها فيما لا نص فيه . وأن النبى صلى الله عليه وسلم أقر معاذاً على اجتهاده رأيه فيما لم يجد فيه نصاً عن الله ورسوله فقد روى عنه أن رسول الله لما بعثه إلى اليمن قال : كيف تصنع إن عرض لك قضاء ؟ قال : أقضى بما فى كتاب الله . قال : فان لم يكن فى كتاب الله ؟ قال : فبسنة رسول الله . قال : فان لم يكن فى سنة رسول الله ؟ قال : أجتهد رأيى لا آلو ، فضرب رسول الله على صدرى ثم قال : الحمد الله الذى وفق رسول رسول الله لما يرضى رسول الله (ص ١٧٥ من الجزء الأول الطبعة المنيرية) . وذكر من اجتهاد الصحابة والتابعين ومن تبعهم الشىء الكثير . ومن نفيس ما قاله بعد ذلك : فهذا شرع الله وقدره ووحيه وثوابه وعقابه كله قائم بهذا الأصل وهو إلحاق النظير بالنظير واعتبار المثل بالمثل ، ولهذا يذكر الشارع العلل والأوصاف المؤثرة والمعانى المفيدة فى الأحكام القدرية والشرعية والجزائية ليدل بذلك على تعلق الحكم بها أين وجدت واقتضائها لاحكامها وعدم تخلفها عنها إلا لمانع يعارض اقتضاءها ويوجب تخلف أثرها عنها .

ثم يقول وقد جاء التعليل فى الكتاب بالباء تارة وباللام تارة وبأن تارة وبمجموعهما وبكى تارة وترتيب الجزاء على الشرط تارة وبالفاء المؤذنة بالسببية تارة وبترتيب الحكم على الوصف المقتضى له تارة الخ . ثم ضرب لذلك أمثالا عدة من الكتاب والسنة وعمل النبى . ومما ذكره مثلا لقياس العكس الجلى البين ، وهو إثبات نقيض حكم الأصل فى الفرع لثبوت ضد علته فيه ، أن الرسول قال فى بضع أحدكم صدقة قالوا يا رسول الله أيأتى أحدنا شهوته ويكون له فيها أجر قال أرأيتم لو وضعها فى حرام أكان يكون عليه وزر قالوا نعم قال فكذلك إذا وضعها فى الحلال يكون له أجر . =

وقوانين انشائها من أن المخالفة التى تستوجب نقض الحكم هى المخالفة الصريحة = ومن اجتهادهم أنهم جعلوا العبد على النصف من الحر فى النكاح والطلاق والعدة قياساً على ما نص الله عليه من قوله : (فاذا أحصن فان أتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب) . ومنه أخذهم فى الفرائض بالعول وإدخال النقص على جميع ذوى الفروض قياساً على إدخال النقص على الغرماء إذا ضاق مال المفلس عن توفيتهم ، فيما جاء عن النبى صلى الله عليه وسلم من قوله للغرماء « خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك » ، ومما قاله الامام فى شمول النصوص وإغنائها عن القياس فى كثير من الأحيان أن دلالة النصوص نوعان : حقيقية وإضافية ، والحقيقية تابعة لقصد المتكلم وإرادته ، وهذه الدلالة لا تختلف ؛ والاضافية تابعة لفهم السامع وإرادته وجودة فكره وقريحته وصفاء ذهنه ومعرفته بالألفاظ ومراتبها ، وهذه الدلالة تختلف اختلافاً متبايناً بحسب تباين السامعين فى ذلك . . . . . والمقصود تفاوت الناس فى مراتب الفهم فى النصوص ، وأن منهم من يفهم من الآية حكماً أو حكمين ، ومن يفهم منها عشرة أحكام أو أكثر من ذلك ، ومنهم من يقتصر فى الفهم على مجرد اللفظ دون سياقه ودون إيمائه وإشارته وتنبيهه واعتباره . وأخص من هذا وألطف ضمه إلى نص آخر متعلق به ، فيفهم من اقترانه به قدراً زائداً على ذلك اللفظ بمفرده ، وهو ما لايتنبه له إلا النادر من أهل العلم ، وهذا كما فهم ابن عباس من قوله تعالى : « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين » مع قوله : « وحمله وفصاله ثلاثون شهراً » أن المرأة قد تلد لستة أشهر .

ومن فصوله الجيدة فصل طويل بين فيه أن ليس فى الشريعة شىء على خلاف القياس ، وأن ما يظن مخالفته للقياس فأحد الأمرين لازم فيه ولا بد : إما أن يكون القياس فاسداً أو يكون ذلك الحكم لم يثبت بالنص كونه من الشرع . ثم تناول ما زعم أنه خلاف القياس لما ثبت بالنص فرده إلى القياس الصحيح ، ومنه مسألة التزاحم وسقوط المتزاحمين فى البئر وتسمى مسألة الزبية ، وأصلها أن قوماً من أهل اليمن حفروا زبية للأسد ، فاجتمع الناس على رأسها فهوى فيها واحد ، فجذب ثانياً ، فجذب الثانى ثالثاً ، فجذب الثالث رابعاً فقتلهم الأسد ، فرفع ذلك إلى أمير المؤمنين على كرم الله وجهه وهو على اليمن ، فقضى للأول بربع الدية ، وللثانى ثلثها ، وللثالث بنصفها ، وللرابع بكمالها ، وقال : أجعل الدية على من حفر رأس البئر ، فرفع ذلك إلى النبى فقال : هو كما قال . قال : وهذا مقتضى القياس والعدل وهذا يتبين بأصل وهو أن الجناية حصلت من فعل مضمون ومهدر ، فأسقط ما يقابل المهدر ، واعتبر ما يقابل المضمون ، كما لو قتل عبداً مشتركا بينه وبين غيره أو أتلف مالا مشتركا سقط ما يقابل حقه ووجب عليه ما يقابل حق شريكه . ثم طبق المؤلف هذا الأصل على صورة القضية فقال : إن الجاذب لم يباشر الاهلاك ، وإنما تسبب إليه ، والحاضرون تسببوا بالتزاحم ، فكان تسببهم أقوى من تسبب الجاذب لأنه ألجىء إلى الجذب ، ثم قال : ولما كان المباشر للتلف هو الأسد ولا يمكن الاحالة عليه فقد ألغى فعله وصار الحكم للسبب ، ولما كان لا فعل للرابع وإنما هو مفعول به محض فله كمال الدية ، ولما كان الثالث فاعلاً ومفعولا به فألغى ما يقابل فعله ، واعتبر فعل الغير به فكان قسطه نصف الدية ، والثانى كذلك إلا أنه جاذب لواحد والمجذوب جاذب لآخر فكان الذى حصل عليه من تأثير الغير ثلث السبب وهو جذب الأول له فله ثلث الدية ، وأما الأول فثلاثة أرباع السبب من فعله وهو سقوط الثلاثة الذين سقطوا بجذبه مباشرة وتسبباً وربعه من وقوعه بتزاحم الحاضرين فكان حظه الربع .

لنص قانونى صريح مما جعل هذه المحكمة تتحرج فى أول عهدها من بسط رقابتها على تفسير القانون وتطبيقه ثم تتحرج — ولا تزال — من بسط هذه الرقابة على بعض نواح من تفسير القانون وتطبيقه ، كما سلف الذكر . لا يمنع ذلك من هذا النظر ، لأن قانوننا قد جعل الرقابة لمحكمة النقض على مخالفة القانون والخطأ فى تطبيقه أو فى تأويله ، وقد استعمل هذه الألفاظ الشاملة لجميع نواحى نشاط القضاء فى القانون بالمعنى الذى يتسع لاستنباط القواعد الفقهية من أصول القانون العام بالمعنى الذى اخترناه . هذا فضلاً عن أن الشارع قد صرح فى ديباجة قانون إنشاء محكمة النقض أنه إنما أنشأها لتحقيق حسن سير العدالة فى أنحاء الدولة ، وبين فى مذكرته الإيضاحية أنه قد أهمل عمداً تحديد ما يجب أن يفهم من كلمة « القانون » حتى تتولى محكمة النقض نفسها تحديد المعنى المقصود من هذه الكلمة . وظاهر أن من حسن سير العدالة أن تتدخل محكمة النقض بالرقابة على القواعد الفقهية المستنبطة من فقه القانون العام حتى تحقق الغرض المقصود من إنشائها بتوحيد القضاء بالقانون ، سواء فى ذلك ما نص عليه فيه وما استنبط من فقهه وأصوله العامة .

ثم إن رقابة محكمة النقض المصرية ما دامت لا تقف عند حد الرقابة السابية التى تنحصر فى تقرير نقض الحكم وإحالة الدعوى إلى محكمة موضوع أخرى لتحكم فيها بما تراه غير متقيدة برأى محكمة النقض (كما عليه الحال عند محكمة النقض الفرنسية) بل إنها تعيد الدعوى إلى محكمة الاستئناف لتفصل فيها بالرأى الذى أخذت هى به من قبل ، وقد لا تحيلها فتفصل فيها متى رأتها صالحة للحكم — إنه ما دام الأمر كذلك فى مصر ، وما دام يجوز لمحكمة النقض المصرية أن ترى أن القاعدة القانونية التى قضت بها محكمة الموضوع غير منطبقة على الدعوى ، وأن الذى ينطبق عليها وعلى أمثالها قاعدة أخرى من قواعد العدل (بالمعنى الذى اعتمدناه لهذه العبارة) فتعيد القضية إلى محكمة الموضوع لتحكم فيها بموجب هذه القاعدة التى قررتها . ما دام الأمر كذلك ، وما دامت محكمة الإعادة ستصبح

مقيدة بهذه القاعدة المستنبطة من فقه القانون وأصوله فمن حسن سير العدالة أن تجمع المحاكم على الأخذ بها توحيداً للقضاء كما تجمع على الأخذ برأى محكمة النقض فى تفسير القواعد القانونية المنصوص عليها .

٢٣ — المعاهدات : والأصل أن المعاهدة متى وقعها المندوبون المكافون بتوقيعها وأقرتها السلطة المختصة بإصدارها ثم نشرت[١] ، فإنه يكون لها حكم القانون فى القضايا التى تكون ظروفها من الظروف التى وضعت المعاهدة للفصل فيها بمقتضاها ، سواء أكان الأشخاص الذين يتمسكون بالمعاهدة من رعايا الدول التى وقعتها ، أم كانت المعاهدة مما يصح لكل متوطن أو مقيم أو موجود بأرض الدولة أن يتمسك بها أو كان يمكن لرعايا غير الدول التى وقعتها أن يستفيدوا منها بناء على « شرط الدولة الأكثر رعاية » (la clause de la nation la plus favorisée) .

ومن المتفق عليه أن المعاهدة متى كانت خاصة بتقرير قاعدة من قواعد القانون الدولى الخاص[٢] ، فإنه يجب على القاضى من تلقاء نفسه أن يتثبت من وجودها ومما إذا كانت واجبة التطبيق أو غير واجبته بالنظر لظروف القضية المطروحة أمامه وبالنسبة لخصومها ، وله الحق فى تفسيرها كلما كان ذلك ضروريا

(١) قد تعرض المعاهدة على البرلمان فيصدرها بقانون ، وقد يصدرها الملك بمرسوم ، وقد يكتفى بنشرها كما ينشر القانون ؛ فالاتفاق بين مصر وفلسطين بشأن تبادل تنفيذ الأحكام قد أصدره الملك بمرسوم فى ٢٧ يناير سنة ١٩٢٩ ، والاتفاق المعقود بين إيطاليا ومصر فى ١٤ أبريل سنة ١٩٢٣ بشأن جنسية الليبيين المقيمين بالقطر المصرى نشر فى الوقائع الرسمية فى ١٧ يناير سنة ١٩٢٤ ، والاتفاق الحاصل بين نظارة الحقانية والقلم القضائى لحكومة السودان على وضع قانون يتعلق باعتبار وتنفيذ أحكام المحاكم المصرية فى السودان قد نفذ باصدار ذلك القانون فى السودان فى سنة ١٩٠١ وترتب على إصداره أن أصبحت المحاكم المصرية تعامل الأحكام السودانية بمثل المعاملة المقررة لأحكام مصر فى السودان (أبوهيف فقرة ٣٥١و٣٥٢ القانون الدولى الخاص) .

(٢) كتحديد اختصاص محاكم كل دولة مثلا بالنسبة لرعايا الأخرى أو إعفاء رعايا كل منهما أمام محاكم الأخرى من دفع الكفالة الواجبة على الأجانب لامكان رفع الدعوى أمامها .

لحل المسألة القانونية المختلف عليها ، ورأيه فى ذلك يخضع لرقابة محكمة النقض .

ومن المتفق عليه كذلك أنه إذا كانت المعاهدة الخاصة بشأن مسألة من مسائل القانون الدولى الخاص تحتوى قواعد تخالف قواعد القانون الوطنى ، فإما أن تكون المعاهدة قد بيّنت ما يجب اتباعه لرفع الخلاف أو لم تكن قد بينته ، فإن تكن قد بينت كيفية رفع الخلاف فعلى القاضى اتباع ما جاء بها ، وإن لم تكن قد بينت ذلك فعلى القاضى اتباع نص المعاهدة . وهـذا كله إذا كانت المعاهدة قد صدرت بعد القانون ، فإن كانت قد صدرت قبله وجب على القاضى تطبيق نص المعاهدة كذلك ، لأن الدولة التى أصدرت القانون لا تستطيع وحدها نقض المعاهدة بغير رضا من وقعها من الدول[1] إلا بالطرق المشروعة فى القانون الدولى العام ، وقضاء القاضى فى ذلك يخضع أيضاً لرقابة محكمة النقض .

أما المعاهدات الأخرى غير الخاصة بتقرير قواعد القانون الدولى الخاص ، فالفقهاء مختلفون فيما إذا كان للمحاكم سلطة تفسيرها أو لا ، وفى مدى هـذه السلطة . وعلة اختلافهم هى ما لـكل منهم من وجهة نظر فى طبيعة عمل الدولة فى إبرام المعاهدة : فمن اعتبره من الأعمال الحكومية أو السياسية منع المحاكم من التفسير وجعل الشأن فيه للدول تتفق عليه بالطرق السياسية أو بالتحكيم أو برفع الأمر لمحكمة العدل الدولية . ومن رأى أنه عمل تشريعى أقر للمحاكم بسلطتها فى تفسير المعاهدة تحت رقابة المحكمة العليا[2] . ومحكمة النقض الفرنسية تفرق بين ما إذا كانت المسألة التى يراد تطبيق المعاهدة فيها تتعلق بالنظام

(١) الزينى الجزء الأول ص ٣٣ (ويستشهد فى ذلك بحكم محكمة سل الالمانية الصادر فى أول فبراير سنة ١٩٢٢ الذى فضل تطبيق معاهدة فرساى بشأن جنسية الأشخاص الذين تشملهم على تطبيق القانون الألمانى الخاص بالجنسية — كلونيه سنة ١٩٢٣ ص ١٣٤) ثم ص ٢١٥ وما بعدها من موجزه فى القسمين الثالث والرابع وأبو هيف بند ٣٠٧ .

(٢) Despagnet فى موجز كتابه فى القانون الدولى الخاص طبعة ثالثة ص ٦٢ ، و Oppert فى مقاله « تفسير المعاهدات السياسية أثناء نظر الدعوى » بمجلة القانون الدولى الخاص سنة ٩٩ ص ٤٣٣ ، والزينى فى موجزه ص ٢١٧ وما بعدها .

العام وتمس سيادة الدولة العاقدة ، أو تتعلق بمصلحة الأفراد فحسب ، ثم تمنع المحاكم من تفسير المعاهدة فى الصورة الأولى اتقاء للأزمات والأحداث السياسية ، وتجيزه لها تحت رقابتها فى الصورة الثانية[١] . وقد قررت محكمة نقض روما بهيئة دوائرها المجتمعة أن المعاهدة عمل من الأعمال السياسية فليس للمحاكم سلطة تفسيرها بحال[٢] .

والمحاكم فى مصر تفسر المعاهدات من تلقاء نفسها بغير أن تفرق بين المعاهدات التى تمس سيادة الدول أو النظام العام فيها والتى لا تمس إلا صالح الأفراد ، فهى والقانون سواء فى نظرها[٣] .

٢٤ — القوانين المختلطة : وتشمل كلمة « القانون » القوانين المختلطة بالنسبة للعلاقات المدنية والتجارية التى نشأت تحت سلطان هذه القوانين ثم زال منها العنصر الأجنبى لأى سبب من الأسباب ولم يبق فيها من خصوم إلا من هو مصرى أو أجنبى غير متمتع بالامتيازات[٤] ، لأن وقوع الاختصاص فى هذه القضايا للمحاكم الأهلية لا يترتب عليه حرمان ذوى الشأن من حقهم فى تطبيق القانون المختلط الذى نشأت فى ظله تلك العلاقات . وحقهم فى تطبيق هذا القانون لا شبهة فيه ، لأن اختصاص محكمة بدعوى لا يتعين إلا حين رفعها ، أما القانون الذى تحكم به المحكمة المختصة فى الدعوى ، فانه يتعين منذ إنشاء العلاقة القانونية بين طرفيها . وواضح أن أهمية الحكم فى الدعوى بالقانون المختلط دون القانون الأهلى لا تظهر إلا عند اختلاف نصوصهما ، كما فى بيع الثمار قبل انعقادها والزرع

---

(١) ن . ف ٣٠ يونيه ١٨٨٤ (س٨٦ — ١ — ١٧٤) .

(٢) نقض روما بهيئة الدوائر المجتمعة (سيريه ٩٠٢ — ٤ — ٢٠) .

(٣) الزينى فى موجزه ص ١٦٥ ، والأحكام الكثيرة التى بالهامش . وبهامش مسينا جزء أول ص ٣٠٣ وما بعدها . سلسلة طويلة من المعاهدات الدولية المختلفة ، والأحكام التى أصدرتها محكمة الاستئناف المختلطة تطبيقاً وتفسيراً لتلك المعاهدات .

(٤) أبو هيف ، القانون الدولى الخاص ص ٨٤٣ .

قبل نباته[١] وآثار القسمة[٢]، وفى الحوالة بالدين[٣] والبيع الوفائى[٤] وحق المرتهن فى التمسك بوضع يد الراهن على العقار المرهون المملوك للغير[٥]، واستبقاء الرهن لصالح الدائن المرتهن عند بطلان المشارطة المشتملة على نقل ملكية العقار أو عند انفساخ حقوق من تلقى عنه الرهن بسبب عدم إمكان الوفاء أو عند تجاوز

---

(١) بيع الثمار قبل انعقادها والزرع قبل نباته باطل بحكم المادة ٣٣٠ من القانون المختلط التى لا مقابل لها فى القانون الأهلى . والمحاكم المختلطة قد جرت على قصر هذا البطلان لمصلحة البائع فى البيع الجزاف بثمن الجملة .

(٢) المادة ٥٥٥ من القانون المدنى المختلط تعتبر قسمة المال عيناً بمنزلة بيع كل من الشركاء فيه حصته الشائعة قبل القسمة بالحصة التى حازها بعد القسمة ، فتكون هذه القسمة نتيجة لهذا البيع . أما المادة ٤٥٧ من القانون المدنى الأهلى فقد نصت على أن كل حصة وقعت بموجب القسمة فى نصيب أحد الشركاء تعتبر أنها كانت دائماً ملكا له قبل القسمة وبعدها ويعتبر أنه لم يملك غيرها من الأموال التى اقتسمت .

هذا والمحاكم المختلطة لا تأخذ بحكم المادة ٥٥٥ إلا فيما بين المتقاسمين ، وتعتبر القسمة فى الشركات مبينة للحقوق لا ناقلة لها (أبو هيف دولى خاص ص ١٠٧٢ و ص ١٠٧٣) .

(٣) قارن المادة ٣٢٩ من القانون المدنى التى تنص على عدم اعتبار بيع الدين صحيحاً إلا إذا رضى به المدين كتابة بالمادة ٤٣٦ من القانون المدنى المختلط المعدلة بديكريتو ٢٦ مارس سنة ١٩٠٠ التى تكتفى فى صحة هذا البيع ونقل ملكية الدين بالنسبة لغير المتعاقدين باعلان المدين إعلاناً رسمياً ، وعلى ذلك فالحوالة بدين نشأ فى ظل القانون المختلط بين وطنى وأجنبى تقع صحيحة بمجرد إعلانها للمدين ولو كان المحتال وطنياً ويظل القانون المختلط يحكمها (حكم محكمة طوخ فى ٨ مايو سنة ١٩١١ مج ١٣ ع ١٥٠ ص ٢٦ ، والمراجع الجمة التى أشارت إليها المجموعة ، وحكم محكمة الأقصر فى ٢٦ أبريل سنة ١٩٢٣ المحاماة س ٤ ص ٤٦٦ وأبو هيف دولى خاص ص ١٠٦٧ و ص ١٠٦٨) .

(٤) المادة ٣٤١ من القانون المدنى الأهلى تحرم على البائع أن يشترط لاسترداد المبيع ميعاداً يزيد على خمس سنين وتنص على أن كل ميعاد يزيد على ذلك يصير تنزيله إلى خمس سنين ، أما المادة ٤٣٦ من القانون المدنى المختلط ، فتشترط ألا يزيد هذا الميعاد على سنتين . وكلا القانونين ينص على أن الميعاد محتم يترتب على تجاوزه سقوط حق الاسترداد . وإذن ففائدة المشترى من تطبيق القانون المختلط دون القانون الأهلى ظاهرة واضحة .

(٥) المادة ١٠٧ من القانون المختلط تجيز للدائن المرتهن ، إذا كان معتقداً صحة الرهن أن يتمسك بوضع يد الراهن على العقار المملوك للغير مدة خمس سنوات ليحتفظ برهنه فى وجه المالك الحقيق ، فللدائن المرتهن الوطنى المصرى أن يتمسك بهذا الحق ضد مالك العين المرهونة ولو كان وطنيا متى كان عقد الرهن قد نشأ فى ظل القانون المختلط . على أنه قد أضيف إلى القانون المدنى الاهلى المادة ٧٩ مكررة بمعنى المادة ١٠٧ من القانون المختلط (بالقانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٣٣) .

بائع العين المرهونة حـد القدر الجائز التبرع به للوارث أو للأجنبى أو عند نزول الشرط الفاسخ أو التوقيفى أو عند انقضـاء الزمن المعين لزوال حق الانتفاع أو عند إبطال هذا الحق أو حرمان صاحبه منه أو عند استعمال البائع حقه فى الفسخ ضد المشترى بسبب عدم دفع الثمن (١) . وعلى هذا إذا خالفت المحاكم الأهلية حكم القانون المختلط عند وجوب تطبيقه أو أخطأت فى تطبيقه أو فى تأويله جاز الطعن فى أحكامها أمام محكمة النقض (٢) .

٢٥ — الشرائع الدينية والملية : والشريعة الإسلامية والقوانين الدينية للمسيحيين واليهود من المصريين وقوانين الأحوال الشخصية الخاصة بالأجانب غير المتمتعين بالامتيازات ، تعتبر من القوانين المصرية التى يجب على المحاكم الأهلية تطبيقها فى مسائل الأحوال الشخصية التى تعرض لهذه المحاكم بصفة فرعية ولا تجد فيها ما يستدعى التقرير بوقف الدعوى حتى تفصل فى تلك المسائل محكمة الأحوال

---

(١) راجع المواد : ١٩٧ و ٢٤٢ و ٣٢٣ و ٣٤٠ و ٣٤٦ و ٣٤٧ و ٣٤٨ و ٤١٣ و ٤١٧ من القانون المدنى المختلط التى تنص على استبقاء الرهن لصالح الدائن المرتهن عند بطلان حق الراهن فى ملك العين المرهونة بأحد الاسباب المذكورة بهذه المواد . وقد أضيفت أحكام هـذه المواد إلى القانون الأهلى بالقانون رقم ٧٩ سـنة ١٩٣٣ الصادر فى ١٠ يوليه سنة ١٩٣٣ .

(٢) قد عرض على محكمة النقض طعن ادعى رافعه أن محكمة الاستئناف — بقضائها باختصاص المحاكم الأهلية بنظر دعوى نزع الملكية — قد خالفت نص المادة ١٣ من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة والمادة التاسعة من القانون المدنى المختلط . فقبلت المحكمة الطعن شكلاً ورفضته موضوعا بناء على ما تبين لها من أن محكمة الاستئناف حكمت بموجب هذه المادة ، وقالت : يجب للحكم بعدم اختصاص المحاكم الأهلية عملاً بالمادة ١٣ من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة أن يثبت أمام المحكمة أن العين المطلوب نزع ملكيتها عليها حقيقة رهن لأجنبى ضمانا لدين لم يزل باقياً بذمة المدين . فبحث المحكمة الأهلية فى الأدلة المثبتة لوجود الحق العينى والأدلة النافية لهذا الوجود ، حق من حقوقها . . . الخ فاذا ثبت لها أن الدين الذى هو أساس تلك التسجيلات غير المنصبة على العين المرهونة قد زال فزالت تلك التسجيلات تبعاً له . . . ثم قضت بناء على ذلك برفض الدفع بعدم الاختصاص كان قضاؤها سـليماً غير مخطىء فى تطبيق القانون (ن . م . م ٩ يونيه سـنة ١٩٣٢ (القانون والاقتصاد سـنة ٣ رقم ٥٦ ص ٤٧٢) .

الشخصية المختصة بنظرها بصفة أصلية[1]. ذلك لأن الشارع المصرى كما أخضع الأجانب فى مصر فى أحوالهم الشخصية لقانون جنسيتهم أخضع أيضاً المصريين لقانون دياناتهم ، ولكنه نظراً لعدم وجود قانون إقليمى واحد ينظم الأحوال الشخصية لجميع المصريين ، ولاختلاف أديانهم ومذاهبهم الدينية ، نص على أن القانون الذى

---

(١) قد اشتقت المحاكم المختلطة « نظرية عدم وقف الدعوى فى مسائل الأحوال الشخصية التى تعرض لها » من المادة الرابعة من القانون المدنى المختلط التى جاء فيها بعد التقرير بأن الاختصاص فى هذه المسائل هو لقاضى الأحوال الشخصية : إنه متى وقعت مسألة من هذا القبيل فى أثناء نظر قضية أصلية ورأت المحكمة لزوم الحكم فى تلك المسألة مقدماً ، وجب عليها تأخير الحكم فى القضية الأصلية وتحديد ميعاد للخصم الذى أقيمت عليه هذه المسألة لاستحصاله على حكم انتهائى فيها من القاضى المختص بذلك ، فان لم تر المحكمة لزوم الحكم فى المسألة المذكورة مقدماً يصرف النظر عنها ويحكم فى الموضوع » .

وقد توسعت المحاكم المختلطة فى الأخذ بهذه النظرية توسعاً عظيما ، فقضت فى المسائل البعيدة عن اختصاصها من أهلية وزواج وميراث بمجرد رفعها لها بصفة فرعية . ولكنها مع ذلك قد قررت أن القاضى المختلط لا يصح له الحكم فى مسائل الأحوال الشخصية الفرعية التى تكون محوطة بصعوبات خاصة ولو اعتقد أن ما يحصل فيها من رأى يكون أدنى إلى الصحة ، وقد استقرأ المرحوم أبوهيف بك الأحوال التى لم تر المحاكم المختلطة فيها محلاً لوقفها (فقرة ٤٥٤ من كتابه فى القانون الدولى الخاص) . والمحاكم الأهلية لا تتوسع فى الأخذ بهذه النظرية توسع المحاكم المختلطة فى الأخذ بها ، ولكنها مع ذلك قضت بعدم وقف الدعوى للحكم فى صفة الزوج وأحقيته فى الإرث بالنظر لإقرار زوجته فى حال صحتها بأنه زوجها (س ٢٦ فبراير سنة ١٩٢٢ محاماة سنة ٣ ص ٨) و (س ٢١ ديسمبر سنة ١٩١٦ مج ١٨ ص ٣٢) الذى ألغى حكم محكمة الدرجة الأولى القاضى برفض طلب التحقيق لإثبات جنون المورث وقت صدور عقد البيع ، اعتماداً على أن أهلية المتصرف هى من اختصاص المحاكم الشرعية والمجالس الحسبية ، وقضى بأن للمحاكم الأهلية أن تأذن بالإثبات ولو أن المسألة من مسائل الأحوال الشخصية .

وقد قالت محكمة النقض فى حكمها المؤرخ فى ٢٦ مايو سنة ١٩٣٢ فى (مجلة القانون والاقتصاد سنة ٣ رقم ٤٧ ص ٤٦٤) إنه وإن كان القاضى الأهلى ممنوعا بمقتضى المادة ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية من أن يضع نفسه موضع القاضى الشرعى فى تحقيق الوفاة والوراثة بطريق التحريات وسماع شهود تؤيدها واستدعاء الورثة لسماع أقوالهم ، ثم التقرير بالوراثة بناء على ما يثبت له ، إلا أن له أن يأخذ فى إثبات الوراثة باقرار أحد الخصمين فى مجلس القضاء ، سواء أكان ذلك الاقرار حصل أمامه أم أمام غيره ودون فى ورقة رسمية ، توصلاً إلى التحقق من صفة الخصوم فى الدعوى المطروحة أمامه دون أن يرسل هؤلاء الخصوم أمام المحكمة الشرعية للفصل فى الوراثة . وأخذه بهذا الاقرار لا اعتداء فيه على اختصاص القاضى الشرعى ، لأنه يدخل فيما له من الحق فى تقدير الدليل المقدم له فى الدعوى التى تحت نظره .

يحكم الأحوال الشخصية للمصريين إنما هو قانون الملة لكل منهم (المواد ٥٤ ، ٥٥ ، ١٣٠ من القانون المدنى) . ولتعدد جهات الحكم المختصة فى مصر بنظر الأحوال الشخصية ولأنها جميعاً جهات حكم دينية قيدت نفسها بشرائع خاصة ، أصبح قانون ملة المصريين لا يحكم أحوالهم الشخصية إلا فى الصور التى يكون فيها الاختصاص لمجالسهم الملية . ومتى كان القانون الذى يحكم الأحوال الشخصية هو قانون محكمة الأحوال الشخصية المختصة ، فليس ثمة صعوبة ما إذا اتحد الخصوم جنسية وديناً ، لأن قانون ملتهم هو وحـده الذى يكون واجب التطبيق أمام المحكمة الأهلية إذ تحل هـذه المحكمة محل المجلس الملى المختص وتفصل فى المسألة كما يفصل فيها هذا المجلس بقانون ملة الخصوم . أما ان اختلف الخصوم جنسية أو ديناً فقد رأى المرحوم أبو هيف بك أن المحكمة الأهلية أو المختلطة يكون عليهـا أن تحقق من يكون من الخصوم هو المدعى عليه فى النزاع حول الحالة الشخصية المعروضة ، فإن استطاعته حكمت بقانون محكمة المدعى عليه ، وهو قانون جنسيته إن كان أجنبياً وقانون محكمته الدينية إن كان مصرياً ، وإن أشكل عليهـا الأمر وجب عليها وقف الدعوى . ويرى الدكتور الزينى أن تقضى المحكمة المختلطة أو الأهلية بمـا كانت تقضى به محكمة الأحوال الشخصية المختصة حتى لا يكون ثمة تناقض بين ما تقضى به فى المسألة الواحـدة جهة الأحوال الشخصية صاحبة الاختصاص والمحكمة الأهلية أو المحكمة المختلطة التى لاتختص بالحكم فيها إلاّ بصفة فرعية ، إلاّ أن يكون الخصوم من الأجانب غير المتمتعين بالامتيازات (وهؤلاء يخضـعون لاختصاص المحاكم الشرعية ما دامت قنصلياتهم ليس لها حق القضاء فى مصر) فإنه يرى أن الأسلم هو القضاء بوقف الدعوى ، ويقول : إن الخصوم لا يكونون مضطرين عند وقفها الى أن يرفعوا أمرهم إلى المحكمة الشرعية ، بل يمكنهم أن يرفعوا دعواهم عن المسألة الشخصية المتنازع فيها إلى محاكم بلادهم الأصلية [1] .

---

(١) أبو هيف (دولى) ص ١٠٥٨ والزينى فى موجزه ص ٢٤٤ وما بعدها وفيه أن =

وليس من موضوع هذا الكتاب استقصاء البحث فى هذه المسائل ، ولا التعرض لتحديد ما يعتبر من الأحوال الشخصية وما لا يعتبر منها ، ولا لبيان القانون الذى يطبق فيها مسألة مسألة . وللمرحوم أبى هيف بك صحف قيمة مشكورة بسط فيها الكلام على الأحوال الشخصية والأشخاص المعنوية ، وبيّن ما تتنازع الاختصاص فيه المحاكم الشرعية والمجالس الحسبية والمجالس الملية ، ثم أحكام التنازع الداخلى بين الشريعة الإسلامية والقوانين الدينية والقوانين المدنية والتجارية ، وما يجب أن يطبق منها فى مسائل الأحوال الشخصية[١] . وقد عقد للمواريث فصلاً خاصاً تكلم فيه عن العلاقات الناشئة بين المورث وورثته ، وبين بعض الورثة وبعض ، وبين المورث وورثته ودائنيهم ، وتساءل عمّا إذا كان قانون الأحوال الشخصية هو الذى يحكم هذه العلاقات كلها أو يحكم بعضها ويحكم القانون المدنى أو التجارى بعضها الآخر ، وأجاب عن ذلك بتفصيل واف ، ثم بحث فى حكم سقوط حق الإرث بمضى المدة ، وهل يخضع لقانون الأحوال الشخصية

= المحاكم المختلطة لم تثبت فى ذلك على رأى ، فمرة حكمت بقانون ملة الأجنبى غير المتمتع بالامتيازات ، وأخرى بالشريعة الإسلامية على اعتبار أن المحاكم الشرعية هى المختصة بالأحوال الشخصية بالنسبة لغير المتمتعين بالامتيازات ، وأخرى بوقف الدعوى . هـذا وبناء على الاتفاق المعقود بين مصر وإيران ، يجب على المحاكم المصرية أن تحكم فى قضايا الايرانيين الخاصة بأحوالهم الشخصية بمذهبهم الإسلامى (الاتفاق المؤرخ فى ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٢٨ والزينى ص ٣٠٦) .

(١) ولمحكمة النقض المصرية حكم جليل القدر بينت فيه : ١ — أن المقصود بالأحوال الشخصية هى مجموعة ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبعية أو العائلية التى رتب القانون عليها أثراً قانونيا فى حياته العائلية — ٢ — وأنه إذا لم يقم النزاع على علاقة الموصى بالموصى لهم أو علاقته بباقى ورثته ولا على صفة الوصية أو أهلية الموصى للتبرع ، فلا يعتبر ذلك مما يتعلق بالأحوال الشخصية ، وعلى ذلك إذا قام النزاع على وصف الحقوق العينية التى رتبها الموصى على العقار الموصى بحق الانتفاع به وعلى حكم القانون فى هـذا الوصف فلا يكون هذا النزاع متعلقاً بشىء من الأحوال الشخصية التى يحكمها قانون الملة ويقضى فيها المجلس الملى ، بل هو متعلق بأمور عينية يجب الرجوع فيها إلى القانون المدنى الذى هو قانون موقع العقار واتباع قواعده لأنها من النظام العام . وقد بين هذا الحكم كيف يقع تكييف المسألة المتنازع فيها لمعرفة ما إذا كانت من مسائل الأحوال الشخصية أو من مسائل الأحوال العينية (٢١ يونيه ١٩٣٤ ملحق القانون والاقتصاد سنة ٤ رقم ٦٨ والمحاماة س ١٥ قسم أول رقم ٤٤ ص ٨٧ وما بعدها)

أم للقانون المدنى أم لكل منهما بحسب الأحوال[1] .

والذى يهمنا ذكره ويدخل فى موضوع هذا الكتاب أنه متى وجب الحكم فى الأحوال الشخصية بالشريعة الإسلامية أو بإحدى القوانين الملية أو الجنسية الخاصة بالأجانب غير المتمتعين بالامتيازات ، فانه يكون على القاضى أن يتثبت من تلقاء نفسه من النص الواجب تطبيقه ثم يطبقه فى الدعوى . أما تفسير هذا النص فنظن أن الصواب هو فى أخذ المحاكم الأهلية بالوجه المعتمد من تفسيره أمام محاكم الأحوال الشخصية ، على أن يكون قضاؤها فى ذلك خاضعاً لرقابة محكمة النقض .

٢٦ — القوانين الأجنبية[2] : وكذلك تشمل كلمة « القانون » ما يتعين تطبيقه من القوانين الأجنبية فى القضايا ذات العنصر الأجنبى عملاً بقواعد القانون الدولى الخاص المنصوص عليها فى القوانين المصرية أو المتبعة عملاً فى مصر . ذلك بأن القاضى ليس عليه أن يقضى بقانونه دائماً بل قد يجب عليه — احتراماً للحقوق المكتسبة — أن يقضى أحيانا بقانون أجنبى ، فيقضى مثلاً فى صحة شكل العقود وعدم صحته بقانون البلد الذى حررت به ، وفى مسائل الأهلية بقانون الجنسية ، وفى الميراث بقانون ملة المتوفى . ويقع ذلك فى القضايا المسماة فى فقه القانون الدولى الخاص « بالقضايا ذات العنصر الأجنبى » وهى القضايا التى يكون بعض عناصرها غير متصل بالبلد الذى رفعت فيه : كأن يكون النزاع واقعاً أمام المحاكم الأهلية بين مصرى وأجنبى غير متمتع بالامتيازات أو بين أجنبيين غير متمتعين بالامتيازات كذلك ، وكأن يكون النزاع بين مصريين على مال ثابت أو منقول غير موجود بمصر ، أو على عقد تم بينهما خارج مصر أو بسبب حادث وقع خارج

---

(١) أبو هيف ص ٧٦٨ إلى ص ١١٠٩ .

(٢) راجع فى بيان مجموعات القوانين الدينية للطوائف المسيحية واليهودية أبو هيف ص ١٠٣٨ وما بعدها وكتاب سيزوستريس باشا .

مصر كذلك . وظاهر أنه متى وقع الاختصاص للمحاكم الأهلية بنظر قضية من هذا النوع طبقاً لقواعد الاختصاص الدولى للمحاكم الأهلية ، فإن هذه المحاكم تحدد القانون الواجب تطبيقه على مقتضى قواعد القانون الدولى الخاص المعروفة ثم تفصل فى الدعوى بمقتضى ذلك القانون : فإن كان القانون الذى تشير به تلك القاعدة الدولية المناسبة فى المسألة المتنازع عليها بين الخصوم هو القانون المصرى ، فإنه يكون على المحكمة — ولا خلاف فى ذلك — أن تبحث من تلقاء نفسها عن القاعدة القانونية التى يجب الأخذ بها ، وبعد أن تتثبت من وجودها وتتأكد من معناها الصحيح تحكم فى الدعوى بمقتضاها . وظاهر كذلك أنها إذا أخطأت فى ذلك أو فى بعضه فإن حكمها يكون محلاً للطعن أمام محكمة النقض بشروطه وقيوده المعروفة .

أما إذا لم يكن القانون الواجب تطبيقه هو القانون المصرى بل كان قانوناً أجنبياً ، فإن النظر الفقهى يحتم على المحكمة كذلك أن تتأكد من وجود نص القانون المنطبق على الدعوى ، ثم تعنى بتطبيقه و إنزال حكمه عليها ، و إلا كان حكمها كذلك محلاً للطعن أمام محكمة النقض ، وذلك على اعتبار أن ما يكون قد وقع من الخطأ فى الحكم هو خطأ فى القانون الواجب تطبيقه ولو لم يكن مصرياً أصالة[(1)] .

على أن كون القانون الأجنبى يعتبر أو لا يعتبر أنه كقانون المحكمة ، من ناحية أنه إذا وقع الخطأ فى التثبت من نصوصه أو فى تفسيره أو فى تطبيقه يكون الحكم المبنى على هذا الخطأ محلاً للطعن أمام محكمة النقض ، هو من المسائل الخلافية . ففى انكلترا يفترضون أن القانون الأجنبى مطابق لقانون المحكمة

(١) مارتى ص ١٥٠ و ١٥١ حيث يقول : إن المنطق يقضى بأن تراقب محكمة النقض أمر التثبت من وجود نص القانون الأجنبى ومن أمر تطبيقه وتفسيره ، كما تراقب ذلك كله فى شأن القانون الفرنسى . وهو رأى غالبية الفقهاء (أرمنجون جـ ١ ص ٢٨٩ وبهامش رقم ١ المراجع الهامة) .

ويلزمون مدعى الخلاف إثبات ما يدعيه على اعتبار أنه واقعة من وقائع الدعوى ، ولذلك فإنهم يتركون مهمة التأكد من وجود القانون الأجنبى ومعرفة نصه الذى يستند عليه الخصوم للمحلفين . أما تفسير هذا النص وتطبيقه فى الدعوى فهما معتبران من المسائل القانونية المتروكة للقاضى الذى يحكم فى الدعوى . ويكفى عندهم فى إثبات القانون الأجنبى تقديم صورة رسمية منه أو شهادة من خبير به أو ممن اشتغل بممارسته قاضيا أو محاميا أمام محاكم بلده[١] .

٢٧ — أما فى فرنسا[٢] فمحكمة النقض تعتبر أن التثبت من وجود القانون الأجنبى وتفسيره كلاهما من المسائل الموضوعية الخارجة عن رقابتها[٣] ، وأنه ليس على قاضى الدعوى أن يطبق من تلقاء نفسه القانون الأجنبى ، بل على الخصوم أنفسهم أن يقدموا ما يظنون أنه ينطبق على قضيتهم من نصوص هذا القانون وأن يطلبوا منه تطبيقه[٤] . ثم تفرق تلك المحكمة بين الطعن المبنى على عدم تطبيق القانون الأجنبى والطعن المبنى على مخالفته (la non application de la loi etrangère et la violation de la loi etrangère.) ثم بين ما إذا كان تطبيق القانون الأجنبى مأذوناً فيه بنص صريح فى القانون الفرنسى وبين ما إذا كان غير مأذون فيه بنص ، فتقضى بنقض الأحكام التى لا تطبق القانون الأجنبى فى كل صورة يكون قد ورد فيها نص صريح يوجب تطبيقه كنصوص المواد ١٧ و ١٩ و ٤٧ و ١٧٠ و ٩٩٩ من القانون المدنى ، وكنص المادتين ٥ و ٧ من قانون تحقيق الجنايات[٥] . وتجرى فى تسبيب أحكامها هذه على التقرير

---

(١) الزينى ص ٢٠٦ ، وأبو هيف ص ٣٢١ والمراجع بالهوامش .

(٢) واقرأ فى مارتى ص ١٢٠ هامش رقم ١ المراجع العامة والخاصة .

(٣) ع . ف ١٩ مارس سنة ١٩١٨ (س ٩١٨ — ١ — ٨٣) ، وحكم ٣٠ مارس ١٨٧٦ (س ٧٦ — ١ — ٣٥٢) و (د ٧٨ — ١ — ٧٨) .

(٤) ع . ف ٣١ أكتوبر سنة ١٩٢٣ (مجلة القانون الدولى الخاص لكلينت Clunet سنة ١٩٢٤ ص ١٠٤) .

(٥) رسالة الدكتور روجرى Rogery (من ص ١٠ إلى ص ٢٥) وعنوانها =

بأن فى عدم الأخـذ فى الدعوى بحكم القانون الأجنبى مخالفة صريحة لنص القانون الفرنسى .

ويقول الفقهاء الفرنسيون إنه ليس لمحكمتهم حكم صريح يكشف عن مذهبها فى الطعون المبنية على عدم تطبيق القانون الأجنبى فى صورة ما إذا كانت القاعدة الدولية التى تشير بتطبيقه لم يرد بها نص صريح فى القانون الفرنسى كقاعدة « الأخذ بقانون الجنسـية فى مسائل الأحوال الشخصية » وكقاعدة « الأخذ فى شكل العقد بقانون البلد الذى حرر العقد به[1] » ؛ ويقولون مع ذلك إن المأثور عن هذه المحكمة أنها — إن حكمت بقبول الطعن — تسبب حكمها إمّا على اعتبار الخطأ واقعاً فى تطبيق نص خاص من نصوص القانون الفرنسى كنص المادة ٣٣٩ أو كنص المادة ١١٣٤ من القانون المدنى[2] ، وإما على اعتبار أن الحـكم المطعون فيه قد خالف قاعدة مشهورة من قواعد القانون الدولى الخاص المشهورة الجارية مجرى الأصول كقاعدة « الأخذ فى صحة شكل العقد بقانون البلد الذى حرر به[3] » .

= Du recours en cassation pour non application ou violation de la loi étrangère (thèse, Paris 1910).

وأرمنجون جـ ١ ص ٢٨١ فقرة ١٤٠ و . ع . ف ١٢ فبراير سنة ١٨٧٩ (س ٧٩ — ١ — ٤٢١) .

(١) مارتى ص ١٢٤ وما بعدها .

(٢) و (٣) ن . ف ١٧ يناير سنة ١٨٩٩ (س ٩٩ — ١ — ١٧٧) فى قضية بارى المشهورة ، وتعليق Pillet عليه و (د ٩٩ — ١ — ٣٢٩) وتعليق بارتن (Bartin) عليه ؛ ومارتى ص ١٢٤ و ١٢٥ — و . ن . ف ٨ أبريل ١٨٦٥ (س ٦٥ — ١ — ٣١٧) فى قاعدة الأخذ فى صحة شكل العقد بقانون البلد الذى حرر به ، والأحكام الأخرى التى ذكرها روچرى ص ٣٥ فى قاعدة الأخذ بقانون محل العقار أو المنقول . و ن . ف ٥ أبريل ١٨٨٧ (س ٨٩ — ١ — ٣٨٣) و . ن . ف ٨ مارس سـنة ١٩٠٩ (د ٩٠٩ — ١ — ٣٠٥) وفى وجوب تطبيق قانون الجنسية فى الأحوال الشخصية و٢٣ فبراير سنة ١٨٦٠ (س ٦٠ — ١ — ٢١٠) و ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٠٥ (س٩٠٦ — ١ — ٣٠٥) وتعليق Binet عليه . وراجع ن . ف ٢٨ مارس سنة ١٩٠٤ (س ٩٠٨ — ١ — ٢٢١) الذى يشير إلى الفقرة الثالثة من المادة الثالثة من القانون المدنى و ن . ف ٢٣ فبراير سنة ١٨٦٤ (س ٦٤ — ١ — ٣٨٥) فى تطبيق قاعدة « آثار الالتزامات يحكمها قانون البلد الذى عقدت به » ، وراجع الأحكام التى ذكرها روچرى فى ص ٣٥ وما بعدها .

و يقول مارتى إن محكمة النقض الفرنسية ، بعد أن سلكت فى سبيل الأخذ بالقواعد الدولية التى لم ينص عليها القانون الفرنسى هذه السبل الملتوية ، قد أخذت تشتق من الفقرة الثانية من المادة الثالثة من القانون المدنى كثيراً من قواعد القانون الدولى الخاص التى رأت وجوب العمل بها ، كما أخذت تلزم المحاكم الفرنسية بتطبيق القوانين الأجنبية فى القضايا ذات العنصر الأجنبى ، وأنه بناء على ذلك يستطيع التقرير بأن محكمة النقض لا تترك لقاضى الموضوع مهمة تحديد أى القانونين يجب تطبيقه فى الدعوى ، أهو القانون الفرنسى أم القانون الأجنبى ، و بذلك يمكن القول بوجه عام أنها تخضع لرقابتها أمر وجوب تطبيق القانون الأجنبى وعدم تطبيقه (1) .

أما قضاء محكمة النقض الفرنسية فى الطعون المبنية على مخالفة القانون الأجنبى أو الخطأ فى تأو يله ، إذا كان تطبيق هذا القانون مأذوناً فيه بنص صريح ، ففيه اضطراب غير قليل لم يمنع الفقهاء من أن يقولوا إن الروح السائدة فيه هى تخلى محكمة النقض عن حقها فى الرقابة ، إلا أن ينكشف عن هذه المخالفة أو عن ذلك الخطأ مخالفة للقانون الفرنسى نفسه أو خطأ فى تأو يله ، فتتدخل محكمة النقض عندئذ لتقويم المعوج من تطبيق هذا القانون . ويقول مارتى إن هذه المحكمة قد جرت منذ أواخر القرن التاسع عشر على رفض جميع هذه الطعون ، وعلى التصريح فى أحكامها بأن قاضى الدعوى هو المختص وحده بالتثبت من وجود القانون الأجنبى الواجب تطبيقه و بتحديد معناه (2) ، ثم يختم الفصل الذى عقده لهذا الموضوع من

(1) مارتى آخر ص ١٢٧ و ١٢٨ و ن . ف ٢٣ مايو ١٨٩٢ (س ٩٢ — ١ — ١١٣) وتعليق بيليه Pillet عليه .

(2) مارتى ص ١٣٢ هامش ١ و ن . ف ١٢ فبراير ١٨٩٥ (س ٩٦ — ١ — ٤٠١) و . ن . ف ٥ مايو ١٩٠٨ (د ٩١٣ — ١ — ٢٦٠) و ن . ف ٢ يونيه سنة ١٩٠٨ (س ٩١١ — ١ — ٣٨٥) وتعليق Audinet عليه و . ع . ف ٣١ يناير سنة ١٩٢٧ (س ٩٢٨ — ١ — ١٤٣) و . ع . ف ١٩ فبراير ١٩٢٩ (دالوز الأسبوعية سنة ٢٩ ص ١٦١) و . ع . ف ١٩ نوفبر سنة ١٩٢٩ (س ٣٠ — ١ — ٤٩) وتعليق الأستاذ نبوييه .

رسالته بقوله إن محكمة النقض قد غالت فى مذهبها إلى حد التخلى عن رقابة تفسير ما نقلته القوانين الأجنبية من نصوص القانون الفرنسى لصيرورتها أجنبية بعد هذا النقل[١] .

وظاهر أن قضاء محكمة النقض الفرنسية قام على أساس انحصار مصادر القانون فى المسنون المكتوب من القانون الفرنسى ، على ما كان معروفا من نظرية هذه المصادر إلى أواخر القرن التاسع عشر ، فلما لم تعتبر هذه المحكمة القوانين الأجنبية من مصادر القانون وقصرت كلمة « القانون » على معنى القانون الفرنسى لم تجز الطعن بمخالفة القانون أو الخطأ فى تطبيقه أو فى تأويله إلاّ إذا كان الذى خولف أو أخطىء فى تطبيقه أو فى تأويله هو من نصوص القانون الفرنسى . ولذلك لما لاحظت أن القانون الفرنسى يوجب أحياناً اتباع القانون الأجنبى مدت رقابتها إلى الصور التى تمتنع فيها المحاكم عن تطبيق هذا القانون على اعتبار أن هذا الامتناع يتضمن فى الواقع مخالفة للقانون الفرنسى نفسه . فلما طرح علماء الأصول فى أواخر القرن التاسع عشر نظرية مصادر القانون على بساط البحث ، وبلغ بهم البحث إلى الاعتراف بغير القانون المسنون المكتوب من المصادر الأخرى[٢] ، أخذ جمهور الفقهاء فى نقد قضاء محكمة النقض مؤملين أن تمد مراقبتها إلى تطبيق القوانين الأجنبية وتأويلها ، كما مدت رقابتها على تطبيق القانون الفرنسى وتأويله . وكان من نقدهم أنه مادامت محكمة النقض قد اعتبرت أن مناط تطبيق القانون الأجنبى هو إذن الشارع الفرنسى الصريح أو الضمنى بهذا التطبيق ، فأحر بها أن تراقب تفسير ما تطبقه محكمة الموضوع من نصوص ذلك القانون

(١) مارتى ص ١٣٣ هامش ٦ و ن . ف ٢٣ فبراير سنة ١٨٧٤ (س ٧٤ — ١ — ١٤٥) و ع . ف ١٩ أبريل ١٨٨٥ (د ٨٥ — ١ — ٢٢٥) و . ن . ف جنائى ٥ يونية ١٨٩٧ (د ٩٠٤ — ١ — ٤٣٣) وتعليق پوييه Pouillet .

(٢) راجع Geny فى مؤلفه (Méthode d'interprétation des sources du droit privé) والمراجع الكثيرة التى بينها القاضى مسينا فى مؤلفه « القانون المدنى المختلط » بالهامش رقم ٢ ص ٤٥ و ص ٤٦ و ٤٧ .

كما تراقب الآن عدم تطبيقها فى الصور التى يجب تطبيقها فيهـا ، إذ لا فرق بين عدم تطبيق القانون الأجنبى و بين الغلط فى تفسيره ، فكلاهما لا يعتبر تطبيقاً له(١). و إلا فهل يصح فى النظر أن يقال للقاضى : عليك بالحكم فى هذه الدعوى بقانون ذلك البلد الأجنبى ، فإذا امتنعت عن الأخذ به فيهـا كان حكمك عرضة للنقض ، ولكنك إذا طبقته أياً كان تطبيقك إياه وتفسيرك له فلا معقب لحكمك ؟ لا بل الذى يصح فى النظر هو أن الشارع الفرنسى لا يقصـد من إيجاب العمل بالقانون الأجنبى مجرد تطبيق أى قانون يتخيله القاضى بأى تفسير يعطيه له ، و إنمـا يقصد تطبيق القانون الأجنبى المنطبق حقاً وصدقاً(٢) ؛ ولا شك أنه متى تعين على القاضى الحكم فى الدعوى بمقتضى القانون الأجنبى فانه يكون من واجبه أن يتثبت من تلقاء نفسه من نص هذا القانون ثم يطبقه التطبيق الصحيح ، كما يجب عليه ذلك عند الفصل فى الدعوى بمقتضى القانون الفرنسى .

ومن نقدهم أيضاً أنه ما دامت محكمة النقض تسلم بأن مسألة عدم تطبيق القانون الأجنبى عنـد وجوب تطبيقه هى من المسائل القانونية التى تختص هى برقابة حلها الحل القانونى الصحيح ، فما أحقها باعتبار أمر التثبت من نص القانون الواجب تطبيقه ، وأمر تفسيره ، كلاهما من المسائل القانونية التى يجب أن تمد رقابتها إليها . ذلك لأن القانون الأجنبى ما دامت له قوة القانون فى بلده فغير معقول أن يفقد قوته هذه فى بلد آخر يأذن شارعه بتطبيقه فيه ، و إنما المعقول أنه يصبح بعد الإذن بتطبيقه كأنه قد تجنس بالجنسية الفرنسية فيكون له قوة القانون الفرنسى فى فرنسا(٣) . وأما ما تقوله محكمة النقض فى بعض أحكامها من أن

---

(١) راجع بيليه (الدولى الخاص) ص ١٥١ — ١٥٢ ، وفاليرى بند ٤٣٩ ص ٦٠٠ و ص ٦٠٢ .

(٢) راجع روچرى ص ٩٠ ، ٩١ .

(٣) Tenand Giraud فى مجلة القانون الدولى الخاص(Clunet) سنة ١٨٩٢ ص ٢٥٣ و Bar فى Clunet سنة ١٨٩٨ ص ٧ ، ولوران جـ ٢ فقرة ٤٧٣ ، وأرمنچون فقرة ١٤١

وظيفتها تنحصر فى توحيد العمل بالقانون الفرنسى وتثبيت أحكامه وأن ليس عليها أن تقوم المعوج من تطبيق القوانين الأجنبية [1] فقد بين الأساتذة كولان ومارتى وروچرى ما فيه من خطأ [2] .

وأما ما يقال من أن القاضى الفرنسى قد يجهل نصوص القانون الواجب التطبيق وقد يشق عليه العلم به وأنه لذلك يتعين عليه أن ينتظر ما يقدمه له الخصوم مما يزعمون انطباقه فى الدعوى ، فلا يصح أن يترتب عليه القول بأن تثبت القاضى من هذه النصوص وتفسيره إياها على الوجه الصحيح كلاهما يعتبر واقعة من وقائع الدعوى التى يكون لقاضى الموضوع السلطة التامة فى تقديرها بغير رقابة محكمة النقض [3] . ذلك لأن مهمة القاضى هى الفصل فى الدعوى بمقتضى القانون ولا يصح أن يكون ما يبذله القاضى من الجهد فى سبيل العلم بالقانون الأجنبى الواجب تطبيقه مما ينزع عن هذا القانون طبيعته القانونية ، وقد يكتنف البحث فى القانون الوطنى أحياناً من المشقة والصعوبة ما لا يوزن به مجهود آخر يقتضيه البحث فى القانون

= جزء أول ؛ والأستاذ أرمنچون بعد أن نقد مذهب محكمة النقض قال إن ما أتى على ذكره من وجوه النقد ليدعو هذه المحكمة من باب أولى إلى رقابة تطبيق قوانين البلاد المضمومة أو التابعة لفرنسا وتفسيرها ، ثم قال إنها مع قيامها برقابة الأحكام الصادرة فى الألزاس واللورين منذ سنة ١٩١٨ لا تراقب أحكام البلاد الأخرى التابعة لفرنسا التى لا تزال تعمل بقوانينها الأهلية ، وذكر بعض الأحكام التى أصدرتها محكمة النقض برفض الطعون مثل الأحكام التى أصدرتها دائرة العرائض فى ١١ يناير سنة ١٨٨٥ (س ٨٩ — ١ — ١٨٦٩) الخاص ببلاد الجزائر و ١١ يناير سنة ١٨٨٥ (س ٨٩ — ١ — ٦٩) الخاص بأنام ، و ٢٠ يناير سنة ١٨٩٦ (س ٩٧ — ١ — ٣٣ وتعليق Appert) الخاص بتايتى ، و ١٠ يوليه سنة ١٩٠٢ (س ٩٠٦ — ١ — ٤٣٧) الخاص بتونس .

(١) حكمها فى ٢٣ فبراير سنة ١٨٧٤ (س ٧٤ — ١ — ١٤٥) و ٢٧ أبريل سنة ١٩١٢ (س ٩١٤ — ١ — ١٧١) .

(٢) مقال كولان بمجلة القانون الدولى الخاص سنة ١٨٩٠ (ص ٧٩٧ وما بعدها) ، ومارتى ص ١٥٠ ، وروچرى ص ١٢٤ لغاية ١٤٥ ؛ واقرأ فى تأييد محكمة النقض ليون كان فى تعليقه على ن . ف ٢٨ يونيه ١١٨١ (س ٨١ — ١ — ٤٥٩) وتعليق Appert فى (سيريه ٩٠٠ — ١ — ٢٨١) .

(٣) هكذا تقول محكمة النقض فى حكميها ٣٠ مارس سنة ١٨٧٦ (س ٧٦ — ١ — ٣٥٢) و ١٩ مارس سنة ١٩١٨ (س ٩١٨ — ١ — ٨٣) ومارتى ص ١٤٧ هامش ١ .

الأجنبى ، ومع ذلك لم يفكر أحد فى الادعاء بأن هـذه المشقة تجعل التثبت من ذلك القانون أو التمعن فى تفسيره على الوجه الصحيح واقعة من وقائع الدعوى [(١)].

و إذن فالواجب على القاضى أن يبحث من تلقاء نفسه عن نص ذلك القانون الأجنبى بما لديه من الوسائل ، فإن لم يستطع فيمكنه دائماً أن يرجع إلى حكومته و يطلب منها إمداده بالمعلومات عن ذلك القانون ولو بنسخة منه مترجمة إلى لغته ، و يمكن للحكومة أن تطلب بالطرق السياسية من الحكومة صاحبة القانون نسخة منه أو من كتاب خاص بشرحه أو رأى محكمة من محاكمه فى إحدى نقطه ، و يمكن للقاضى فوق ذلك أن يستعين بالإنابة القضائية فى هذا الموضوع [(٢)].

على أن جمعية التشريع المقارن ومؤتمر القانون الدولى بما تنشرانه من النشرات الدورية المختلفة قد يسرا على الكافة اقتناء مجموعات قوانين البلاد المتمدينة والعلم بما يصدر من القوانين فى كل دولة منها عقب صدورها ، وكان من نتائج هذا التيسير أن قرر مجمع القانون الدولى فى دور انعقاده سنة ١٨٩١ بهامبورج أن مسألة إثبات نصوص قوانين البلاد المتمدينة لا يمكن اعتبارها أنها من وقائع الدعوى ، ولذلك دعا الدول الى الاتفاق فيما بينهـا على بعض القواعد التى قررها لاثبات نصوص القوانين بصفة رسمية [(٣)].

ولعلنا الآن قريبون من عهد اتفاق الدول على تقرير بعض قواعد القانون الدولى الخاص ، وعلى الأخص على وجوب اعتبار القوانين الأجنبية عند تطبيقها خارج بلادها كأنها من القوانين المحلية الوطنية ، كما اتفقت على ذلك من قبل

---

(١) مارتى ص ١٦٣ و ١٦٤ ، وأرمنجون جـ ١ فقرة ١٤١

(٢) الزينى موجزه فى القانون الدولى الخاص ص ٢٠٩

(٣) L'institut déclare que : 1° dans l'état de la science du droit et des rapports internationaux, et en présence du plus grand nombre de lois élaborées dans les pays civilisés, la preuve des lois étrangères ne peut être une question de fait abandonnée à l'initiative des parties. 2° L'institut émet le voeu que par des accords internationaux les Etats s'obligent à l'application des règles suivantes : etc.

راجع روچرى ص ١١٨ و ١١٩ فان فيه نص هذه القواعد .

دول أمريكا الجنوبية فى مؤتمر مونتفيدو Montéviedo سنة ١٨٨٨ وسنة ١٨٨٩ [(١)].

٢٨ — وما يكون لنا بعد هذا ، وفى بلد كمصر جرى فقهاؤه[(٢)] على القول بعدم اعتبار القانون الأجنبي مجرد واقعة من وقائع الدعوى ، وجرت محاكمه[(٣)] على تطبيق هذا القانون حتى فى شتى الأحوال التى لم ينص الشارع فيها صراحة على وجوب تطبيقه ، ما يكون لنا بعد هذا إلاّ أن نعتبر كلمة « القانون » شاملة للقوانين الأجنبية فيما تعين العمل بها فيه ، وأن نقبل الطعون فى الأحكام المخالفة لهذه القوانين والخاطئة فى تطبيقها أو فى تأويلها .

ويؤنسنا فى هذا الرأى أن محاكم النقض الإيطالية قد بدأت تقلع عن اعتبار وجود القانون الأجنبي ونصه مجرد واقعة من وقائع الدعوى ، وأخذت تتمشى فى أحكامها مع ما قلناه من أن القاضى يمكنه بل يجب عليه أن يبحث بنفسه عن نص القانون الأجنبي الواجب تطبيقه وعن مضمونه فقد قضت محكمة نقض تورينو[(٤)]

---

(١) وقد جاء فى بروتوكول هذا المؤتمر ما نصه :

Les lois des Etats contractants seront appliquées aux personnes interessées, sans qu'il y ait à distinguer si elles sont nationales ou étrangères; que leur application soit faite d'office par le juge du procès; que tous les recours accordés par la loi de procédure du lieu du jugement pour les cas résolus selon la législation propre de ce lieu, seront également admis pour les cas qui doivent être décidés d'après les lois de n'importe lequel des autres Etats (Rogery p. 144).

(٢) الزينى ص ٢١١ و ٢١٢ من موجزه ، وأبو هيف ص ٣٢٤ ، ومسينا جـ ١ ص ٢٩٨ وما بعدها وعلى الأخص ص ٣١٦ ، وأرمنجون جـ ١

(٣) راجع الأحكام الكثيرة فى شتى المسائل التى يطبق فيها القانون الأجنبي (بسطاوروس) فى تعليقاته على القانون المدنى المختلط (المادة ١٣ و ١٤) والزينى وأبو هيف فى فصول كتابيهما فى القانون الدولى الخاص . من ذلك س . م ١٨٩٨/١/٢٧ مج ت . م ١٠ ص ١١٧ الذى أخذ بالقاعدة الدولية : Lex fori فى مسائل الإجراءات ، وحكم س . م ١٩٢١/١/١٥ الجازيت ١٢ بند ٦١ ص ٤١ الذى أخذ فى مسائل شكل التصرفات بقاعدة Locus regit actum ، والحكم الصادر فى قضية صالحة هانم الجازيت ٢ بند ٣٤٨ فى الأخذ بمعاهدة لاهاى الخاصة بالزواج (راجع الزينى ص ٢١٢ و ٢١٣ وما بهوامشهما) .

(٤) حكم نقض تورينو فى ٢٤ مايو سنة ١٩١٠ فى Clunet سنة ١٩١١ ص ٦٧٢ .

بأنه إذا كان القانون الأجنبى معروفا للقاضى فلا ضرورة لإلزام الخصوم باثبات وجوده ونصه (وكان القانون الذى يراد تطبيقه فى هذه القضية هو أحد نصوص قانون المرافعات الفرنسى) . وكذلك نقضت محكمة روما حكماً جاء فيـه : إن القانون التركى الواجب تطبيقه هو القرآن المكتوب بلغة تركية خاصة لم يفهمها المتقاضون أنفسهم مع كونهم من المتعلمين ، ولم تستطع المحكمة الاهتداء إليه ولا فهمه ؛ فقالت محكمة النقض إنه كان على محكمة الاستئناف أن تتثبت من تلقاء نفسها من نص القانون التركى الواجب تطبيقه ومن معناه[1] .

وهذا الرأى هو الذى يؤيده أغلبية الفقهاء[2] .

٢٩ — بقى سؤال هل يجب على القاضى أن يفسر القانون الأجنبى كما يفسره أهله فى بلده ؟

قد يرى بادئ الرأى وجوب الأخذ بما يفسر به القانون فى بلده ، لأن قضاته هم أقدر من غيرهم على الوقوع منه على تفسير صائب . وقد يميل المتأمل إلى ترك الأمر إلى اجتهاد القاضى ، فإن اطمأن إلى تفسيرهم فنعم ما يأخذ به عنهم ، وإن اجتهد ووفق إلى ما هو أدنى إلى مراد الشارع وأقرب إلى تحقيق العدل ، أمضى الحكم على ما رأى ، والأمر بعد ذلك لمحكمة النقض .

ويرى الأستاذ أرمنجون أنه إذا كانت القاعدة الدولية التى أشارت بتطبيق

---

(١) حكم نقض روما فى ٥ نوفمبر سنة ١٩٠٩ فى Clunet سنة ١٩١١ ص ٣٣٧ وما بعدها . وقد صدر هذا الحكم فى قضية موضوعها : رجل إيطالى متزوج قدم مصر وتزوج من امرأة عثمانية كاثوليكية متبعا فى شكل عقد الزواج ما يتبعه المسلمون من توثيق عقودهم أمام المأذونين ، فاتهم باقترافه جريمة التزوج بأكثر من زوجة واحدة ، وحكمت محكمة اسكندرية القنصلية بسجنه ثلاثة عشر شهراً ، وقضت محكمة استئناف (انكونا) ببراءته .

(٢) راجع كذلك حكم محكمة نقض لوك Lucques فى ٥ يونيه سنة ١٩٠٩ فى Clunet سنة ١٩١٠ ص ١٣٣٣ ، وأرمنجون جـ ١ ص ٢٨٣ و ٢٨٤ بهامش ٢ .

راجع داراس Darras : De la connaissance, de l'application et de la preuve de la loi étrangère (Journal de Droit Int. Privé, 1901, p. 447—448) ففيه أسماء المؤلفين الكثيرين المؤيدين لهذا الرأى المبين بالمتن .

ذلك القانون الأجنبي هي كون « قانون محل تحرير العقد هوالذي يحكم شكله » . أو كون « القانون الذي احتكم إليه العاقدان هو الذي يحكم آثاره وتنفيذه » ، فإن الأقرب إلى الحق والعدل هو الأخذ بما لهذا القانون من تفسير معتمد في بلده لأنه هو الذي قد لوحظ عند تحرير العقد في الصورة الأولى ، أو عند الاتفاق على تحكيم القانون في الصورة الثانية . وكذلك يقول الأستاذ إنه يأخذ بهذا النظر في العلاقات القانونية الناشئة عن أشباه العقود والجنح وأشباه الجنح ، لأن من حق صاحبها أن يقول إنه باشرها أو اقترفها أو تسبب بها تحت سلطان ذلك القانون الأجنبي على الوجه المفسر به في بلده[١] .

الفصل الثالث

ما هو الخطأ في فهم الواقع ، وما هو الخطأ في فهم حكم القانون في هذا الواقع ، ونظرية التميز بينهما ؟

كلمة في فهم الواقع وفهم حكم القانون على الجملة

٣٠ — ليس لنا نص كنص المادة السابعة من قانون ٢٠ أبريل سنة ١٨١٠ يعترف لمحاكم الاستئناف بسلطة القضاء النهائي الذي لا معقب عليه في موضوع الدعوى[٢] ، وليس لنا كذلك نص كنص المادة ٦٦ من دستور ٢٢ فبراير سنة ٨[٣] ، أو كنص المادة الثالثة من الأمر العالي الصادر في ٢٧ نوفمبر

(١) أرمنجون جـ ١ فقرة ١٤٣ و ١٤٤ و ١٤٥

(٢) « La justice est rendue souverainement par les cours d'appel.... »

(٣) « Le Tribunal de Cassation ne connait point du fond des affaires, mais il casse les jugements rendus.... »

سنة ١٧٩٠[(١)] ، لا يقرر لمحكمة النقض إلا سلطة نقض الأحكام المخالفة للقانون ويحرم عليها نظر موضوعات الدعاوى[(٢)] ، ولكن شارعنا مع ذلك قد أشار إلى سلطة محاكم الاستئناف وسلطة محكمة النقض ، إذ لم يجز الطعن فى الأحكام النهائية إلا بمخالفة القانون ، وإذ أوجب على محكمة النقض متى نقضت الحكم المطعون فيه (لغير مخالفة قواعد الاختصاص) أن تعيد القضية إلى المحكمة التى أصدرته لتحكم فيها هذه المحكمة من جديد (المادة ٢٩) .

٣١ — ولما كانت الدعوى تتألف فى واقع الأمر من جميع ما يثيره الخصوم بينهم من نزاع فى مسائلها الواقعية والقانونية كافة ، كان على القاضى الذى يفصل فيها أن يتأكد من صدق وقائعها ، ثم يطبق على ما ثبت صدقه منها لديه ما ناسبه من القواعد القانونية ، ثم يوقع الحكم على موجب ما طبقه من تلك القواعد . وإذا كان التمييز بين المسائل الواقعية والمسائل القانونية يكاد يكون عديم الفائدة أمام المحكمة الاستئنافية ، ما دام الاستئناف ينقل لهذه المحكمة القضية المستأنفة وما دام يكون لهذه المحكمة مثل سلطة المحكمة الابتدائية فى تحرى صدق الوقائع المدعاة وإنزال حكم القانون الواجب تطبيقه عليها ، فإن التمييز بينهما

---

(١) « .... Sous aucun prétexte et en aucun cas le Tribnnal ne pourra connaître le fond des affaires .... »

(٢) لفظ « موضوع الدعوى le fond de l'affaire » المحرم على محكمة النقض نظره والفصل فيه ليس له فى مصر هذا المعنى العام الذى يجعلونه له فى فرنسا . فمحكمة النقض الفرنسية ليس لها حق توقيع العقاب على المجرم بل عليها إذا رأت خطأ فى توقيع العقاب أن تحيل المتهم إلى محكمة أخرى من درجة المحكمة التى حكمت فى التهمة أول مرة لتقضى فيها من جديد ، أما فى مصر فمحكمة النقض الجنائية لها أن تصحح بنفسها ما تقع عليه من خطأ فى تطبيق القانون ، بل عندنا حالة تختص فيها محكمة النقض الجنائية بنظر الموضوع كما تنظره محكمة الموضوع تماماً وهى الحالة المنصوص عليها فى المادة ٢٣٢ من قانون تحقيق الجنايات . وكذلك الأمر فى المواد المدنية فان محكمة النقض الفرنسية تحيل الدعوى دائماً إلى محكمة أخرى من درجة المحكمة التى أصدرت الحكم المنقوض ، أما محكمة النقض المصرية فانها لا تحيل الدعوى إلى محكمة الاحالة دائماً ، بل إنها قد تحسم مادتها بالحكم الذى تفصل فيه فى المسألة القانونية التى بنى عليها الطعن ، وقد تفصل فيما بقى من مسائل الطعن بغير إعادة (على ما سيأتى شرحه فى فقرة ٣٧١ — ٣٧٦) .

له أهمية عظمى أمام محكمة النقض . ذلك بأن هذه المحكمة — إذ كانت لا تختص إلا بالرقابة على ما يكون قد أخطأ فيه قاضى الدعوى فى حكم القانون — تكون مضطرة إلى تحديد ما ينبغى اعتباره من المسائل القانونية الخاضعة لرقابتها وما ينبغى اعتباره من المسائل الواقعية الخارجة عن هذه الرقابة ، ثم إلى معرفة نوع ما وقع من الخطأ فى القانون ، وفى أى جزء من الحكم قد وقع هذا الخطأ : هل وقع فى الأسباب الزائدة على الحاجة فيغتفر و يعفى عنه أم وقع فى الصميم من الحكم مما لا مناص معه من نقض الحكم ، ومن هذا تولدت نظرية الخطأ المسبب لنقض الحكم والخطأ فى الأسباب الزائدة (La théorie de l'erreur causalis et la thèorie du motif suradondant) ؛ ثم إلى معرفة مبلغ أثر هــذا الخطأ فى مصلحة رافع الطعن ، ومن هــذا تولدت نظرية عدم مصلحة الطاعن فى الطعن (La théorie du défaut d'intérêt) ؛ ثم إلى معرفة ما إذا كان وجه الطعن فى الحكم مما سبق عرضه على المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه أو كان من الأسباب القانونية الصرف ، ومن هذا تولدت نظرية الأســباب الجديدة (La théorie des moyens nouveaux) ؛ ثم إلى معرفة ما إذا كان لمحكمة النقض أن تستند فى القضاء بنقض الحكم المطعون فيه إلى أســباب قانونية متعلقة بالنظام العام ، ومن هذا تولدت نظرية الأسباب المتعلقة بالنظام العام (La théorie des moyens d'ordre public) . و بالجملة فنظرية التمييز بين المسائل الواقعية والمسائل القانونية متشعبة الأصول فى جميع ما يتعلق بالطعن بالنقض فى الأحكام ، وستراها فى كل باب من أبوابه على ما سيأتى تفصيله .

٣٢ — وقد اصطلح فقهاء القانون على تسمية المسائل الواقعية التى لا معقب على رأى قاضى الدعوى فيها « بواقع الدعوى » و « بموضوع الدعوى » ، كما اصطلحوا على نعت وجه الطعن المتعلق بهـا بأنه « موضوعى » أو « واقعى » أو بأنه لا يدخل فى رقابة محكمة النقض أو يدخل فى سلطة قاضى الموضوع . ولا يفوتنا

BIBLIOTHECA ALEXANDRINA

أن نذكر هنا أن الفقه الإسلامى لم يفته التفريق بين اجتهاد القاضى فى فهم وقائع الدعوى واجتهاده فى معرفة حكم القانون الواجب تطبيقه ، فقد قال الامام ابن القيم فى إعلام الموقعين : « ولا يتمكن المفتى ولا الحاكم من الفتوى والحكم بالحق إلاّ بنوعين من الفهم : أحدهما فهم الواقع واستنباط علم حقيقة ما وقع بالقرائن والأمارات والعلامات حتى يحيط به علماً ، والنوع الثانى فهم الواجب فى الواقع وهو فهم حكم الله فى كتابه أو على لسان رسوله فى هذا الواقع ، ثم يطبق أحدهما على الآخر »(١) وقال فى موضع آخر(٢) : إن المطلوب من كل من يحكم بين اثنين أن يعلم ما يقع ثم يحكم فيه بما يجب ؛ فالأول مداره على الصدق والثانى مداره على العدل « وتمت كلمة ربك صدقاً وعدلاً لا مبدل لكلماته وهو السميع العليم » . ومن هنا اقتبسنا « فهم الواقع فى الدعوى وفهم حكم القانون فى هذا الواقع » ، وجرت عليه محكمة النقض فى كثير من أحكامها .

٣٣ — وإذا كان من السهل فى كثير من الأحيان التمييز بين المسائل التى تعتبر من فهم الواقع وبين المسائل المعتبرة من فهم القانون ، فمن الصعب وضع القواعد العامة لتحديد ما ينبغى أن يمتد أو لا يمتد إليه نشاط محكمة النقض للتحقق من وقوع مخالفة للقانون أو خطأ فى تطبيقه أو فى تأويله ، أى تحديد ما ينبغى لمحكمة النقض أن تأخذه قضية مسلمة عن الحكم المطعون فيه وما يجب أن تتحقق هى بنفسها من صحته وعدم صحته .

٣٤ — وللفقهاء فى معالجة هذا التحديد طريقتان : الأولى تنحصر فى إيراد المراحل التى يقطعها القاضى فى سبيل الحكم فى الدعوى ، ثم النظر فى هذه المراحل مرحلة مرحلة ، والتقرير فيها واحدة واحدة بأنها خاضعة أو غير خاضعة لرقابة محكمة النقض . فيقولون إن نشاط القاضى فى كل دعوى يتدرج من فحص وقائعها وتقرير

(١) جـ ١ ص ٧٣ أعلام الموقعين لابن القيم الجوزية .
(٢) جـ ١ ص ٨٩ أعلام الموقعين لابن القيم الجوزية .

الصحيح الثابت منها (vérifer l' existence des faits allégués) إلى التدقيق فيما يجب إعطاؤه لما ثبت منها من الأوصاف والكيوف القانونية (rechercher la qualification légale des faits reconnus exacts) ثم إلى إيقاع الحكم على مقتضى هذا التكييف القانونى (déduire enfin de cette qualification les conséquences que la loi y attache et d'où résulte la solution du procès) . ثم يطيلون النظر فى كل مرحلة من هذه المراحل ويقررون فى كل مرحلة منها إن كان عمل القاضى فيها عملا قانونياً صرفا يصح إخضاعه لرقابة محكمة النقض أم هو مجرد تحرى الصدق فى الوقائع المدعاة يعمل فيه القاضى بذكائه ومنطقه وذوقه دون خضوع لهذه الرقابة(١) .

وأما الطريقة الثانية فيقال فيها : إن كل حكم صدر فى دعوى — أو فى مسألة من دعوى — هو فى الواقع نتيجة منطقية لقياس ، تكون كبراه القاعدة القانونية التى يصح تطبيقها على مادة هذه الدعوى أو مادة تلك المسألة ، وتؤلف صغراه مما ثبت من وقائع هذه المادة بجميع عناصرها وشرائط انطباق تلك القاعدة القانونية عليها . ففى دعوى التضمين التى يحكم فيها طبقاً للمادة ١٥١ من القانون المدنى مثلاً تكون كبرى القياس القاعدة القانونية التى نصها « كل من تسبب فى إضرار غيره فعليه الضمان » ، وتؤلف صغراه من نسبة الحادث الضار إلى المتسبب فيه بالخطأ . ثم ينظر فيما عسى أن يكون قد أفسد الحكم فيرد إلى موقعه من القياس : فإذا كان الفساد واقعاً فى الكبرى (وهى تكون فاسدة كلما كانت القاعدة القانونية التى صيغت هى منها غير صحيحة فى مادتها أو فى معناها) فالحكم يكون مبنيا على مخالفة للقانون أو خطأ فى تطبيقه أو فى تأويله . أما إذا كان

---

(١) وهى طريقة بونييه (Bonnier) فى وجيزه فى النظام القضائى والمرافعات جـ١ ص ٢١٤ Eléments d'organisation judiciaire et de procédure Civile (1848.)
وشينون (Origines, Conditions et Effets de Cassation, 1882.) ص ٦٣
وفاى فقرة ١٥٢ ص ١٦٨ ، وجابيوت فقرة ١١٢٣ .

الفساد واقعاً فى الصغرى فإنما يكون ذلك من إحدى ناحيتين : إما من ناحية عدم التثبت من وقائع الدعوى وظروفها وملابساتها ، و إما من ناحية الخطأ فى تكييف هذه الوقائع و إعطائها الوصف القانونى الصحيح ، فإن كان فسادها من قبل عدم التثبت من الوقائع فلا يعرض الأمر فيه على محكمة النقض ، و إن كان من قبل الخطأ فى التكييف فهو خطأ فى تطبيق القانون . وأما إن كان الفساد واقعاً فى نتيجة القياس فيكون الخطأ فى منطق الحكم لعدم أخذه بالنتيجة الضرورية لمقدمتين صحيحتين[١] . ومثل هذا الخطأ لا يعدو أن يكون خطأ فى القانون ، لأنه يدل على أن القاضى إما أن يكون قد ترك ما حصّل فهمه من واقع الدعوى مكيفاً على موجب ما رأى تطبيقه من قواعد القانون ، ثم حصّل له فهماً آخر وكيفه تكييفاً آخر كذلك ، وطوى ذلك فى ضميره ولم يشر إليه بشىء فى الحكم ، ثم يكون قد قطع الحكم على مقتضى هذا الفهم الثانى ، فيكون عيب الحكم هو فى الواقع خلوه من الأسباب التى بنى عليها . و إما أن يكون قد وضع هذا الفهم الثانى المعدول به عن الفهم الأول ، فينظر فيه وفى تكييفه لمعرفة مواقع الخطأ كما أسلفناه .

ومن أمثلته ما إذا قررت المحكمة فى أسباب حكمها أن المدعى لا يملك من الأطيان التى ادعى على خصومه اغتصابهم لها سوى قدر كذا ، ومع ذلك قضت برفض دعواه برمتها[٢] .

---

(١) وهذه هى طريقة الألمانيين والإيطاليين وقليل من الفرنسيين (مارتى فقرة ٢ وبلاسار ص ٢٩ و ٣٠) وهى طريقة الشاطبى فى الموافقات فقد قال : كل دليل شرعى مبنى على مقدمتين ، إحداهما راجعة إلى تحقيق مناط الحكم ، والأخرى ترجع إلى نفس الحكم الشرعى ؛ فالأولى نظرية ، وأعنى بالنظرية هنا ما سوى النقلية سواء علينا أثبتت بالضرورة أم بالفكر والتدبر ، ولا أعنى بالنظرية مقابل الضرورية ؛ والثانية نقلية ... إلى أن قال : فالحاصل أن الشارع حكم على أفعال المكلفين مطلقة ومقيدة ، وذلك مقتضى إحدى المقدمتين وهى النقلية ، ولا ينزل الحكم إلا على ما تحقق أنه مناط فى ذلك الحكم على الاطلاق أو على التقييد وهو مقتضى المقدمة النظرية ، والمسألة ظاهرة فى الشرعيات نعم وفى اللغويات والعقليات (ج ٣ ص ٢٣ و ٢٤) .

(٢) حكم محكمة النقض المصرية فى ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٤ ، وقد قالت فيه إن أصول القانون توجب على القاضى أن يقضى لصاحب الحق به بعد أن يكون تبين هذا الحق وأخذ به =

٣٥ — وأية كانت الطريقة فى التمييز بين فهم الواقع فى الدعوى وفهم حكم القانون فى هذا الواقع فإن هذين الفهمين لا يختلط أحدهما بالآخر فى إيقاع حكم القانون على حاصل التكييف (عند أصحاب الطريقة الأولى) أو فى وضع كبرى القياس واستنباط نتيجته (عند أصحاب الطريقة الثانية)، لأن اجتهاد القاضى يكون عندئذ فى تحصيل القاعدة القانونية المناسبة أو فى تفسيرها، ثم فى إنزال حكمها على الواقع فى الدعوى، ولا شبهة فى أن اجتهاد القاضى فى ذلك — أى فى تأويل القانون وتطبيقه — يكون قانونيا صرفاً. وإنما قد يختلط الفهمان ويصعب التمييز بينهما فى مرحلة فحص وقائع الدعوى وتكييفها بحكم القانون (عند أصحاب الطريقة الأولى) أو عند وضع صغرى القياس (عند أصحاب الطريقة الثانية)، ولذلك نعقد الفروع الآتية لمعالجة التمييز بين الفهمين.

الفرع الأول

فى نشاط قاضى الدعوى فى فهم الواقع، ومتى يكون خطؤه فيه واقعيا، ومتى يكون قانونيا ؟

(١) — فهم الواقع عمل منطقى لا تراقبه محكمة النقض

٣٦ — فهم الواقع فى الدعوى — على ما يقوله «ابن القيم الجوزية» — هو استنباط القاضى حقيقة ما وقع بالأدلة والأمارات والعلامات وإحاطة علمه بها، وهو على ما يقوله علماء القانون: التحقق من الوجود المادى لوقائع الدعوى المدعاة

= فعلا فى الأسباب بكيفية واضحة لا يحتمل معها إمكان الظن بقيام أية علة لديه تكون هى التى صرفته فى منطوق حكمه عن الأخذ بما قرره وأخذ به فى الأسباب. فإذا قررت المحكمة فى أسباب حكمها أن المدعى لا يملك من الأطيان التى ادعى على خصومه اغتصابهم لها سوى قدر كذا، ومع ذلك قضت برفض دعواه كلها، يكون حكمها مخالفاً للقانون متعين النقض (ملحق القانون والاقتصاد سنة ٥ رقم ١١ ص ٢٥ والمحاماة س ١٥ قسم ١ عدد ٨٤ ص ١٧٥)

(La vérificatian de l'existence matérielle des faits allégués) [1]

ويدلك هذا التعريف على أنه لا دخل للقانون فى تحصيل هـذا الفهم فى ذاته ، وعلى أنه يقع للقاضى نتيجة لأقيسة منطقية ليس فى بناء مقدماتها قاعدة قانونية يمكن تصور وقوع الخطأ فيها . ولهذا صح القول بأن سلطة قاضى الموضوع فى تحصيل هذا الفهم تامة ، وأن رأيه فيه قطعى لا يحتمل الطعن عليه بالخطأ أمام محكمة النقض .

٣٧ — والمقصود بهذا القول (أولاً) أن محكمة النقض لا تستطيع — لا من تلقاء نفسها ولا بناء على طلب الخصوم — القيام بالبحث عن أدلة جديدة قد تكون الدعوى ، فى الواقع ، فى أشـد الحاجة إليها [2] . وعليها ألا تستجيب إلى أى طلب يطلب به مباشرة أى إجراء من إجراءات التحقيق كسماع بينة أو معاينة أو انتقـال أو ضم أوراق ، بل عليها أن ترفض الاطلاع على ما لم يكن قد قدمه الخصوم من الأوراق لقاضى الدعوى [3] .

(ثانياً) أنه ليس لمحكمة النقض أن تستأنف النظر بالموازنة والترجيح والتعديل فيما يكون قد قدمه الخصوم للقاضى من الدلائل والبيانات وقرائن الأحوال ، إثباتاً لوقائع الدعوى أو نفيها [4] . وأصل ذلك أن قاضى الدعوى حر فى تقدير الدليل

---

(١) مارتى فقرة ١٠٤ ص ١٧٨ .

(٢) ولقد ذكر مارتى عند تقريره هذه القاعدة أن محكمة النقض الفرنسية (الدائرة الجنائية) قد أصدرت فى قديم عهدها وفى ظروف خاصة أحكاماً بضم أوراق أو خرائط وبإجراء الكشف الطبى ، ولـكنها عادت فصرحت بأنها لا تستطيع القيام بأى إجراء فى الدعوى (مارتى ص ١٧٩ وهامش نمرة ٢ و ٣ و ٤)

(٣) وسترى فى الفصل الذى عقدناه للكلام على تحصيل فهم الواقع من أوراق المرافعات أن محكمة النقض تكون أحيانا مضطرة إلى الانصراف عن الحـكم المطعون فيه ثم إلى الرجوع إلى أوراق الإجراءات والمرافعات ومختلف المستندات الكتابية ، لتتأكد بنفسها من قيام هذه الوقائع الإجرائية أو المكتوبة المتنازع عليها أو عدم قيامها ، ثم لتحكم بعد ذلك بقبول الطعن أو برفضه (راجع فقرة ٤٦ و ٤٧ من هذا الـكتاب) .

(٤) القاضى المدنى ، مع حريته فى تقدير الأدلة ، يكاد يكون موقفه إزاء الخصومة سلبيا ، لأنه يتقبل الخصومة على نحو ماتقدم له ، فليس له أن يلزم الخصوم بتقديم ما اتفقوا على عدم =

المقدم له يأخذه إذا اقتنع به ويطرحه إذا تطرق فيه الشك إلى وجدانه[١] . ولا يستثنى من هذه القاعدة إلا صورة واحدة ، هى أن يثبت القاضى مصدراً للواقعة التى يستخلصها يكون وهميا لا وجود له ، أو يكون موجوداً ولكنه مناقض لما أثبته ، أو غير مناقض ولكنه يستحيل عقلاً استخلاص الواقعة منه كما فعل هو[٢] .

= تقديمه من الأوراق ولا أن يأمر باعلان من اتفقوا على عدم سماع أقوالهم من الشهود . ولا يجوز له أن يزيد أو ينقص شيئا من وقائع الدعوى ولا أن يطرح من أدلتها ما قدموه من أدلة أو شهود أو قرائن اتفقوا على تقديمها وانحصر اختلافهم فى تأويلها كل لمصلحته (تيسيه جـ ٢ فقرة ٦٥٨ ص ٦٥٦ ودالوز براتيك فقرة ١٠٠٢ تحت كلمة preuve و ص ٢٦ ، ٢٧ ، ٢٨ من رسالة Sescioréano التى أسماها Des Conventions Relatives à la Preuve ومارتى ص ١٨٠ و ١٨١ وهوامشها) .

(١) ومن ذلك ما قرره مارتى (ص ١٨٣ هامش نمرة ٣) من أن لقاضى الموضوع السلطة التامة فى تفسير تقريرات الخصوم المقدمة له وتقدير ما إذا كان يمكن اعتبارها متضمنة اعترافا ببعض وقائع الدعوى أم لا ، حتى إذا أمكن اعتبارها كذلك قدر بسلطته هذه هل يجب اعتبارها ثابتة فى الدعوى أم غير ثابتة — انظر ع . ف ٣١ يناير سنة ١٨٧٦ (د ٧٦ — ١ — ١١٢) و ن . ف ٣ يوليه ١٨٨٩ (س ٨٩ — ١ — ٣٧٩) و ن . ف ١٩ يناير ١٩١٥ (س ٩٢١ — ١ — ٥٠) و ع . ف ٢٥ مارس ١٩٢٤ (دالوز الأسبوعية س ١٩٢٤ ص ٣٥١) و ن . م . م فى ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٢ (المحاماة سنة ١٣ ص ٤٧ رقم ١٦) . وراجع فى تفسير الدلائل الكتابية بشرط عدم مسخها ٢٤ يناير سنة ١٨٩٣ (د ٩٣ — ١ — ٢٨١) وفى تأويل التحقيقات واستخلاص النتيجة منها ١٣ ديسمبر سنة ١٨٧٥ (د ٧٦ — ١ — ٤١٧) وفقرة ٣٠٨٧ من تعليقات دالوز على قانون المرافعات جزء ٣ ص ٢١٤ وحكم ن . م . م فى ٢٣ يونيه سنة ١٩٣٢ الذى جاء به : إنه وإن كان قاضى الموضوع حرا فى تقدير الوقائع إلا أن لمحكمة النقض أن تدخل فى صورة ما إذا كانت النتيجة التى تستخلص من تلك الوقائع لا تتفق مع موجب هذه الوقائع قانونا (المحاماة سنة ١٣ ق ١ عدد ١٢٣ ص ٢٧٧ . والقانون والاقتصاد س ٣ رقم ٥٧ ص ٤٣) .

(٢) ن . م . م أول مارس ١٩٣٤ (القانون والاقتصاد سنة ٤ رقم ٣٤ ص ٨١ والمحاماة سنة ١٤ ق ١ عدد ١٥٢ ص ٣٦٥) وقاعدته : لقاضى الموضوع السلطة التامة فى بحث الدلائل والمستندات المقدمة له تقديماً صحيحاً وفى موازنة بعضها بالبعض الآخر وترجيح ما تطمئن نفسه إلى ترجيحه منها وفى استخلاص ما يرى أنه هو واقعة الدعوى ، لأن خطأه يكون فى فهم الواقع فى الدعوى لا فى فهم حكم القانون فى هذا الواقع . ولا يستثنى من هذه القاعدة إلا صورة واحدة هى أن يثبت القاضى مصدراً للواقعة التى يستخلصها يكون وهميا لا وجود له أو يكون موجوداً ولكنه مناقض لما أثبته أو غير مناقض ولكنه يستحيل عقلا استخلاص الواقعة منه كما فعل هو .

(٢) عدم اتباع قواعد الاثبات وطرق التحقيق هو خطأ فى القانون

٣٨ — و إذا كان قاضى الدعوى حراً فى تقدير الأدلة المقدمة وفى تحصيل فهم الواقع فى الدعوى منها ، فإنه ليس حراً فى عدم اتباع القانون فيما جاء به من قواعد الإثبات وطرق التحقيق المبينة فى القانون المدنى وقانون المرافعات ، بل ينبغى له أن يتقيد بها وأن يأخذها عن القانون أخذاً صحيحاً ، فإن خالفها أو أخطأ فى تطبيقها أو فى تأويلها فسد رأيه فى فهم الواقع فى الدعوى . ومتى فسد رأيه فى هذا الفهم فسد رأيه فى تكييفه وسرى الفساد إلى حكمه فى الدعوى بالضرورة .

٣٩ — لهذا كان من المهم أن نثبت فى هذا المقام على سبيل التذكرة ما اشتهر من الأصول والقواعد للرجوع إليها لتمييز ما يتعلق من مسائل الدعوى بمحض تقدير الأدلة وما يتعلق بتطبيق قواعد الإثبات و إجراءات التحقيق :

٤٠ — (ا) ليس لقاضى الدعوى رأى حر فى كون الواقعة هى مما يحرم القانون إثباته[١] أو كونها مما يعتبر القانون[٢] أنه فى حكم الثابت الذى لا فائدة من إثباته[٣] .

(١) تعتبر الشريعة الاسلامية النكاح الصحيح وقيام الزوجية قرينة قاطعة على كون الولد من الزوج وتثبت نسبه إليه وتسمح للزوج بنفى نسب الولد باللعان . ولذلك فهى تمنع ولد الزنا من إثبات نسبه من أبيه بإثبات المعاشرة بين الأبوين مدة الحمل وحين الوضع . وتمنع كذلك من إثبات ترك الوارث ميراثه لأن الوارث يرث ملك مورثه جبرا . ويمنع القانون من إثبات ما قذف به ما لم يكن القاذف حسن النية والمقذوف موظفاً عمومياً والقذف عن أعمال تتعلق بالوظيفة . ويمنع إثبات بيع الحقوق فى تركة إنسان قبل الوفاة (المادة ٢٥٧ مدنى) وشراء القضاة وغيرهم ممن ينتهم المادة المذكورة حقا متنازعا فيه أمام المحاكم التى هم موظفون بها .

(٢) والمراد بالقانون فى هذه الجملة والتى قبلها القانون المتعين تطبيقه ، فالقانون الذى يحكم نظام الأموال المشتركة بين الزوجين هو الذى يرجع إليه لمعرفة ما إذا كان هو يفترض أو لا يفترض قيام الشركة بينهما على أساس قرينة قانونية منصوص عليها فيه . وقانون الزواج هو الذى يعتبر أن الزواج الصحيح وقيام الزوجية هما قرينتان على ثبوت النسب . وقانون موضع المنقول هو الذى يرجع إليه لمعرفة ما إذا كان وضع اليد عليه يعتبر أو لا يعتبر قرينة قانونية على الملكية (بعض القوانين كالقانون الإيطالى ينص على سقوط حق مالك المنقول المسروق أو المفقود فى استرداده بعد مضى سنتين والقانون المصرى ينص على أن هذه المدة ثلاث سنوات) . والقانون الذى يحكم آثار الالتزامات هو الذى يقرر القرائن القانونية التى يؤخذ بها فى إثبات الديون أو البراءة منها (أوبرى ورو جـ ١٢ ص ٧٢ وهامش رقم ٤ مكرر) .

(٣) وتعتبر الواقعة فى حكم الثابتة قانوناً : — ١ — متى وقع الإقرار بها أمام القضاء =

٤١ — (ب) ليس لقاضي الدعوى رأي حر في تعيين من يكون عليه الإثبات ومن يكون له النفي ، ولا في تكليف أيهما شاء بالإثبات أو النفي ، ولا في تجزئة عبء الإثبات بين طرفي الخصومة ، بل هو مقيد في ذلك بحكم القانون وخاضع فيه لرقابة محكمة النقض[1] .

= ممن يملكه ، أو ممن هو موكل به توكيلاً خاصا ، إقراراً صحيحاً مستوفياً لشرائطه القانونية — ٢ — متى احتكم صاحب الواقعة المختلف عليها إلى ذمة خصمه فاستحلفه عليها ثم نكل هذا الخصم عن الحلف (والنكول في القانون إقرار ، وهو مذهب الصاحبين ، وقد اعتبر أبو حنيفة النعمان أنه بذل لقطع الخصومة ، وقال الشافعي ومالك إن النكول يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة والترفع عن اليمين الصادقة فلا يصح عندهما القضاء بالنكول بل ترد اليمين على المدعى فإذا حلفها قضى بما ادعاه وإن نكل رفضت الدعوى ، ولهذا الخلاف فروع اختلفوا فيها ، انظر طرق القضاء للأستاذ الشيخ أحمد بك إبراهيم ص ٢٤٠ وما بعدها) — ٣ — إذا كانت الواقعة تستند إلى قرينة قانونية تعفي صاحبها من الإثبات ، فمن يدعى مثلا براءة ذمته من دين بسند عليه لآخر حسبه أن يقدم هذا السند دليلا عليها ، لأن القانون يعتبر مجرد وجود سند الدين بيد المدين كافياً في إثبات براءة ذمته من الدين ويوجب على الدائن أن يثبت أن وجود هذا السند بيد مدينه كان لسبب آخر غير تخلصه من الدين (٢١٩ و ٢٢٠ من القانون المدني) .

(١) فاى ص ١٦٩ ومارتي ص ١٨١ ورسالة تيڤنيه Thevenet — Essai d'une théorie de la charge de la preuve en matière civile et commerciale (Thèse Lyon 1920 — 21) . ورأس القواعد في هذا الباب أن الأصل براءة الذمة وأن من ادعى على غيره حقاً أو قولا ملزما بحق أو فعلاً فعليه الدليل . ومن دفع دعوى غيره فعليه إقامة الدليل على ما دفع به ، وليس المراد بالمدعى المعنى المفهوم عادة من هذا اللفظ بل هو كل خصم يدعى على خصمه ، لا فرق بين من رفع الدعوى فعلاً ومن رفعت عليه ، فالمدعى عليه يصير مدعياً إذا دفع الدعوى ، والمدعى الأول يصبح مدعياً ثانياً إذا دفع دفع خصمه . على أن مسألة من يكون عليه الإثبات لا يرتبط حلها في الواقع بمعرفة من هو المدعى ومن هو المدعى عليه ، بل بطبيعة مزاعم الخصوم في الدعوى (بلانيول جـ ٢ تعهدات ص ٧٥٦) فمن زعم أثناء الخصومة زعماً يخالف مجاري العادة أو مقتضى الظاهر أو يكون من شأنه إحداث تغيير في مركز قانوني ثابت أصلا أو عرضاً يكون هو الذي عليه الاثبات (بودري جـ ٣ تعهدات فقرة ٢٠٦٠ ص ٤٢١) واقرأ في سلبية موقف القاضي إزاء الخصومة ونقل عبء الاثبات وتجزئته باتفاق الخصوم الضمني والصريح (Sescioréano) في رسالته المتقدمة الذكر . ومن يقف موقف المنكر لمزاعم خصمه فإنه لا يكون عليه إثبات ما فإن أجاب على الدعوى بدفعها فانه يكون عليه إثبات دفعه ، وكذلك إذا زعم مزاعم أخرى معينة فإنه يكون عليه إثباتها ؛ فان عجز جاز الحكم عليه لأنه يكون قد أضاع على نفسه مركزه الأصلي في الخصومة بخروجه من الإنكار إلى الهجوم والادعاء (لوران جـ ١٩ فقرة ٩٤ وچوسران جـ ٢ ص ٧٨) .

وقد يصعب في العمل التمييز بين من يجب عليه الاثبات ومن لا يجب عليه فيقع الخلاف . =

٤٢ — (ﺣ) ليس لقاضى الدعوى أن يحصل فهم الواقع منها إلا بالدليل

= فمن ذلك اختلافهم فيمن يكون عليه إثبات سبب الالتزام فى السندات المعراة عن أسبابها (Les promesses nues, les promesses d'aregnt non causées) والرأى الراجح أن المدعى عليه المطالب بالوفاء هو الذى عليه إثبات خلو الالتزام من سبب صحيح جائز قانوناً (جارسونيه ﺟ ٢ ص ٣٧٧ وما بعدها والمراجع التى ذكرت بهذه الصفحة ورسالة كولان فى نظرية السبب ص ١٥١ — ص ١٦٦ ورسالة كابيتان فى نظرية السبب من ص ٣٦٦ إلى ص ٣٨٩) ويقول بعكس هذا الرأى أوبرى ورو (ﺟ ١٢ ص ٩٣) . ومنه اختلافهم فيما إذا كان يصح أو لا يصح تكليف من عليه الاثبات باثبات الواقعة السلبية التى ادعاها ، والراجح فى المسألة أن الواقعة إن كانت منضبطة النفى فانه يكون على مدعيها إثبات عكسها إذا أمكن تحويلها إليه وذلك ممكن غالباً ؛ فان لم يستطع تحويلها إلى قضية موجبة أو كان إثباتها منفية مستحيلا أو كان النفى فيها غير منضبط ، فان مدعيها يعتبر عندئذ عاجزاً عن الاثبات ويحكم فى الدعوى برفضها (جارسونيه ﺟ ٢ ص ٣٧٩ و٣٨٠و٣٨١ والمراجع التى بالهوامش ، وبلانيول ص٧٥٥ والمراجع التى بالهوامش وحكم ٤ يوليه ١٩١٢ (س ٩١٣ — ١ — ٣٩٠) وحكم ٧ يناير ١٩٢٠ (س ٩٢٢ — ٢ — ٧٣) وتعليق الأستاذ H. Rousseau عليه . وقد جاءت الشريعة الإسلامية بجواز الشهادة بالنفى فى إثبات الغائب وعلى حصر الورثة وفى كل نفى منضبط قطعاً أو ظناً (طرق القضاء ص ٢٧) . وجاء القانون بتكليف من يطالب غيره باسترداد ما دفعه له بغير حق باثبات عدم اشتغال ذمته بالدين (أوبرى ورو ﺟ ٨ ص ١٥٦ وجارسونيه ﺟ ٢ ص ٣٨١ والمراجع التى بهامش هذه الصفحة) ، وبتكليف الوكيل إذا تمسك بصحة ما قام به بعد وفاة موكله بإثبات أنه كان يجهل هذه الوفاة .

ولقد اختلف فى دعوى نفى حق الارتفاق ، هل يكون على رافعها إثبات هذا النفى أم يكون المدعى عليه هو المكلف باثبات وجود هذا الحق ؟ والأوجه أن لا محل لتكليف أولهما باثبات ما ادعاه من نفى ، وأنه حسبه أن يثبت هو أنه المالك لعقاره فيثبت مدعاه فى ضمنه لأن حق الملك حق مطلق حر ، ومتى قام المدعى باثبات ملكه كان على المدعى عليه إثبات ما يدعيه لنفسه من ارتفاق (جارسونيه ﺟ ٢ ص ٣٨١ وبالهامش رقم ٩ آراء ثلاثة لفقهاء الرومان) ، ويقول جلاسون وتيسيه إنهما لا يأخذان بهذا الرأى على إطلاقه ، وإنه يجب أن ينظر فى من هو الذى فى تصرفه الآن حق الارتفاق ؛ فان كان هو مالك العقار المرتفق به كان هو مستصحباً للظاهر وكان على خصمه الذى ادعى نفى حق الارتفاق إثبات أنه ملك طلق لا ارتفاق لأحد عليه ، وإن كان الأمر بعكس ذلك كان الاثبات على صاحب العقار المرتفق به لأن الظاهر يكون مع خصمه (راجع فى خلاف هذه الآراء بونيه فى مبادئ النظام القضائى والمرافعات فقرة ٤٧) .

واختلف كذلك فيمن يكون عليه الإثبات عند التنازع فى زوال حق الارتفاق بعدم الانتفاع به ، أيكون هو مالك العقار المرتفق به أم يكون خصمه ؟ وأصح الآراء هو القول بتكليف من يدعى منهما خلاف الظاهر بالاثبات ، فيكلف صاحب العقار المرتفق بالاثبات إذا لم يكن حق الارتفاق فى تصرفه ويكلف خصمه به فى عكس ذلك (دومولب ﺟ ١٢ فقرة ١٠١٥ ، وأوبرى ورو ﺟ ٨ ص ١٥٣ ، وبونيه فقرة ٤٧ ، وربرتوار دالوز تحت كلمة تقادم نمرة ٣١٥ وتحت كلمة usage نمرة ١٩٠) . وقد عمم أوبرى ورو هذه القاعدة (ﺟ ٨ ص ٨٣) فجعلا الاثبات =

القانونى الذى يجوز الاستدلال به فى صورتها ، و بشرط أن يقع هذا الاستدلال على

= — فى كل نزاع يقوم بين مالك العقار ومن يدعى فيه حقاً عينياً — على الخارج منهما ، وهو من لا يكون الحق العيني فى يده وتصرفه (لفظ الخارج هواصطلاح الفقه الإسلامى ويقابله ذو اليد) ، وعلل ذلك بارتان فى شرحه بهامش ١٣ فقال إن عبء الاثبات يقع دائما على من يحاول بادعائه ومزاعمه تغيير مركز خصمه الذى هو فيه ومنعه من الانتفاع بمزاياه القانونية .

ومن القواعد المتعلقة بمن عليه الاثبات فى الخصومة أن كل طرف فى خصومة هو الذى يكون عليه تقديم ما يراه مؤيداً لمزاعمه من المستندات ، وأن ليس على خصمه أن يقدم له منها ما عسى أن يكون حجة عليه فى هذه الخصومة ، إلا أن يكون المستند مشتركا أو دفتراً من دفاتر التجارة فانه يجوز للمحكمة فى الصور المبينة بالمادة ١٦ من قانون التجارة الأهلى (المنازعات التجارية — الأموال المشاعة — التركات — قسمة الشركات — الافلاس) أن تأمر بالاطلاع على الدفاتر ، على أن تكون لها الحرية التامة فى هذه الصور فقط فى أن تأمر أو لا تأمر به وفى تحديد كيفية الاطلاع وزمنه . أما سلطة القاضى فى الحكم بتقديم الدفاتر أو بعدم تقديمها فى الأمور المدنية والتجارية فهى كاملة (الإثبات لنشأت بك فقرة ٢٨٧ وما بعدها والمراجع التى بالهوامش وجارسونيه جـ ٢ ص ٣٨٣ و ٣٨٤ وهوامشهما والمواد من ١١ إلى ١٨ من قانون التجارة الأهلى ، وليون كان جـ ١ رقم ٢٩٠ مكررة و ٢٩١ . و ن . م . م ١٦ مايو سنة ١٩٣٥ (المحاماة س ١٦ رقم ٧ ص ١٠) .

وقد قضى بأن الموظف الذى يكون له فوق مرتبه عمولة مئوية على المبيعات ليس له أن يطلب الاطلاع على دفاتر المحل التجارية ليتعرف منها مقدار ما يستحقه من عمولة ، وذلك اعتباراً بأنه ليس شريكا فى المحل لعدم المساهمة فى الخسارة (بودرى جـ ٤ ص ١٤٧ وهامش ٤) .

تجزئة عبء الاثبات : وقد يصعب فى العمل تحديد ما يكون على المكلف بالاثبات إثباته من عناصر الواقعة التى أقيمت الدعوى أو الدفع على أساسها وتحديد ما يكون على الخصم إثبات نفيه من عناصر تلك الواقعة ، ويعنونون للكلام فى ذلك بتجزئة عبء الاثبات قانوناً بين طرفى الخصومة (بلانيول جـ ٢ فقرة ١١٢١ ، ١١٢٢) ولقد حاول الأستاذان الجليلان أوبرى وروضم شتات هذه المسألة وتقريرها فى قاعدة واحدة فقالا : إن من يكون عليه الاثبات مدعياً أو مدعى عليه ، مستأنفاً أو مستأنفاً عليه ، معارضاً أو معارضاً ضده ، مكلف قانوناً بإثبات كل عنصر من عناصر الواقعة التى جعلها أساساً لحقه ، وليس عليه أن يثبت نفى الموانع والظروف التى يمكن أن تحول بينه وبين كسب حقه أو يكون من شأنها أن تسقط حقه فى المكنة القانونية التى يستند إليها (جـ ٨ ص ٨٤ وما بعدها) . ولقد انتقد الأستاذ بارتن فى هامش هذه الصحف غموض هذه القاعدة ، وبعد أن سلم بأن تجزئة عبء الاثبات بين طرفى الخصومة هى مسألة قانونية لا ينبغى تركها لسلطة قاضى الموضوع ، اكتفى بأن أورد كثيراً من فروع المسألة وأبان عن رأيه فى كل منها — ولما كان المجال لا يتسع لتفصيل الرأيين فقد رأينا أن نثبت هنا على جهة التذكرة والتمثيل مسألتين : واحدة من فقه القانون الفرنسى وأخرى من فقه القانون المصرى .

المسألة الأولى : اختلفوا فيمن يكون عليه الاثبات إذا انتحر المؤمن وكان عقد التأمين =

الوجه المبين بقانون المرافعات ، وهو فى التقيد بذلك خاضع لرقابة محكمة النقض . فكون الواقعة مادية[1] يصح إثباتها بجميع طرق الإثبات أو رابطة قانونية

= ينص على أن الانتحار يبطل العقد ويعفى شركة التأمين من دفع المبلغ المؤمن به على الحياة ، أيكون على الشركة إثبات أن المنتحر كان عند الانتحار عاقلا مدركا عواقب فعلته ، أم يكون على ورثة المنتحر أن يثبتوا هم أنه كان إذ ذاك غير مميز ؟ فقال بودرى جرياً على أصله ، من أن من يزعم زعماً مخالفاً للأصل الثابت أو العارض هو الذى عليه الاثبات ، إن الاثبات يكون على هؤلاء الورثة لأن الانتحار قد ثبت ولا منازعة فيه والأصل العقل ، والجنون عارض لا يفترض ، فعلى من يدعيه أن يثبته (بودرى جـ ٣ تعهدات ص ٤٢٤ ، ٤٢٥ وما بعدها وهوامشهما التى فيها المراجع المؤيدة لرأيه والمخالفة له . ويظهر من هذه المراجع ومن المراجع التى وردت بهامش ١ تعليقا على حكم ١٧ فبراير سنة ١٨٩١ (س ٩١ — ٢ — ١١٥) أن القضاء الأجنبى مؤيد لبودرى وأن القضاء الفرنسى قد جرى بعضه القليل على رأيه والأكثر على عكسه) .

المسألة الثانية : وقد اختلفوا فى مصر فيمن يكون عليه الاثبات إذا اعترف الخصم ببصمة الختم وأنكر التوقيع به ، أيكون المتمسك بالورقة هو الذى عليه إثبات حصول التوقيع بالختم من صاحبه ، أم يكون المعترف ببصمة الختم هو الذى عليه أن يثبت أن المنسوب له الختم لم يوقع به ؟ وكان فى المسألة آراء ثلاثة ذكرها وشرحها الأستاذان المرحوم أبو هيف والعشماوى فى كتابيهما ، ثم حكمت دوائر محكمة استئناف مصر المجتمعة بأن الاثبات يكون على المتمسك بالورقة (٤ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة سنة ٩ رقم ٥٢٤) ثم حكمت محكمة النقض بأنه متى اعترف الخصم الذى تشهد عليه الورقة بأن الامضاء أو الختم الموقع به على تلك الورقة هو إمضاؤه أو ختمه ، أو متى ثبت ذلك — بعد الانكار — بالدليل الذى يقدمه المتمسك بالورقة ، فلا يطلب من هذا المتمسك أى دليل آخر لاعتماد صحة الورقة وإمكان اعتبارها حجة بما فيها على خصمه صاحب الإمضاء أو الختم . ولا يستطيع هذا الخصم التنصل مما تثبته عليه الورقة إلا إذا بين كيف وصل إمضاؤه هذا الصحيح أو ختمه هذا الصحيح إلى الورقة التى عليها التوقيع وأقام الدليل على صحة ما يدعيه من ذلك ، فان هذه هى منه دعوى تزوير بحتة يجب أن يسار فيها بطريقها القانونى . ذلك بأن القانون لا يعرف إنكار التوقيع بالختم بل لا يعرف إلا إنكار بصمة الختم ، ولأن المادة ٢٧٠ من قانون المرافعات — إذ أجازت للمحكمة سماع شهادة الشهود على حصول الكتابة أو الامضاء أو الختم على الورقة المقتضى تحقيقها — لا ترمى إلا إلى إثبات الامضاء أو الختم المنكورة بصمته ... (حكم ٢٦ أبريل سنة ١٩٣٤ ملحق القانون والاقتصاد سنة ٤ عدد ٤٠ ص ١٠٤ والمحاماة سنة ١٤ ق ١ عدد ١٧٧ ص ٤١١) وهذا هو ما جرى عليه القضاء المختلط (س . م ٢٧ نوفبر سنة ١٩١٤ مج سنة ٢٤ ص ١٢ و ١٠ يناير سنة ١٩١٧ مج سنة ٢٩ ص ١٤٦ و ٢٦ ديسمبر سنة ١٩١٧ مج سنة ٣٠ سنة ١٠٦) وهو ما أشار إليه المستشار أحمد بك أمين فى شرح قانون العقوبات ص ١٩٥ .

(١) يجوز إثبات الوقائع المادية بجميع طرق الإثبات سواء فى ذلك الوقائع المادية الصرف كالغرق والضرب والإصابة الخطأ ، والوقائع المادية التى لو ثبتت تكسب إنساناً مركزاً قانونياً معيناً كوقائع وضع اليد التى تكسب واضع اليد على العقار ملكيته أو الحق فى عدم =

لا تثبت إلا بدليل بعينه [١] ، وكون الدليل مما يجوز الاستدلال به قانوناً [٢] ، وفيم يكون هذا الاستدلال وما حجيته ، وما حجية كل دليل

= محاسبته على ما استهلكه من الثمرات . وقد قضت محكمتنا بأن ما يخلفه مورث ما لورثته مما كان في حيازته ماديا من عقار أو منقول أو نقد ، وكذلك استيلاء وارث ما على شيء من مال التركة عقاراً كان أو منقولا أو نقداً ، كل ذلك من قبيل الوقائع التي لا سبيل لاثباتها إلا بالبينة . وإنما الذي يطلب فيه الدليل الكتابي هو العمل القانوني التعاقدي الذي يراد أن يكون حجة على شخص ليس عليه أو على من هو مسؤول قانوناً عنهم دليل كتابي يدل عليه (ن . م . م ٢٣ مايو سنة ١٩٣٥ المحاماة س ١٦ ق ١ عدد ١١ ص ٢٨) .

(١) القانون هو الذي يبين طرق الاثبات . وهو قد يجيز الاثبات بها جميعاً تارة ، ويمنع الإثبات ببعضها حيناً ، ويخصص دليل الاثبات لبعض الأمور تارة أخرى . ومن ذلك أنه منع الإقرار واليمين والشهادة والقرائن في إثبات الهبة والمحررات ذات التاريخ العرفي غير الثابت في إثبات الحيازة في رهن المنقول ، ومنع جميع ذلك في الرهن العقاري فلم يقبل في إثباته إلا السند الرسمي المحرر بقلم الكتاب (المادة ٥٥٧ من القانون المدني) ، ومنع الشهادة والقرائن مطلقاً في الإجارة (المادة ٣٦٣) ، وخصص الشهادة بما لا تزيد قيمته على ألف قرش إلا ما استثناه بنص صريح .

وقد يعتبر القانون الحق في بعض الأحيان غير موجود أصلاً بغير دليله الخاص الذي أنشأه ، كالهبة فإنها تعتبر ملغاة إذا لم تكن بعقد رسمي ، إلا إذا وردت على منقول تسلمه الموهوب له فعلاً (المادة ٤٩ من القانون المدني) . ولا قيمة لاقرار الواهب ما دام لم يفرغ إقراره بالهبة في عقد رسمي .

(٢) الاثبات قد يكون مباشراً وهو ما يكون فيه القاضي اعتقاده بملامسته بنفسه الوقائع المختلف عليها كمعاينته محل النزاع بنفسه أو بمن ينتدبه من الخبراء . وقد يكون غير مباشر وهو ما يحصل فيه القاضي فهمه بطريق الاستنتاج . وطرق الاثبات هي الكتابة والبينة والاقرار واليمين والقرائن والمعاينة . والأصل أن القاضي في المواد المدنية ليس قاضياً للتحقيق كما هو في المواد الجنائية ، ولذلك فهو يدير إجراءات الدعوى طبقاً لقواعد قانون المرافعات ، والخصوم هم المكلفون بتقديم ما لديهم من الأدلة في أي حال تكون عليها الدعوى وأمام أي درجة من درجات التقاضي إلى حين إقفال باب المرافعة . وإنما للقاضي فضلاً عن حقه في مناقشة الخصوم فيما يقدمون له من الأدلة أن يأمر ، استجلاء للحقيقة ، باستجواب الخصوم أو بالاثبات بالبينة من تلقاء نفسه في الأحوال التي يجوز له ذلك فيها (١٨٠ مرافعات) وله كذلك توجيه اليمين المتممة .

والإقرار واليمين الحاسمة والقرائن القانونية ليست من طرق الاثبات على الصحيح ، لأنها لا تثبت في الواقع شيئا وإنما تعفى من إثباته .

والأصل في الاثبات أن يكون بالكتابة ، وقد بين القانون ما يجب إثباته بالكتابة من التصرفات أية كانت قيمته أو متى زادت على ألف قرش ، ثم فصل ما يجب أن يكون منها بعقد رسمي (كالهبة والرهن العقاري) وما يصح أن يكون بعقد عرفي (كالإجارة) ، ثم ذكر ما الذي يجب إثبات تاريخه وما الذي يجب تسجيله منها للاحتجاج به في حق العاقدين وبالنسبة للغير ، ثم بين كذلك ما الذي يجوز إثباته بالبينة وبقرائن الأحوال . =

= **ومن قواعد الاثبات بالبينة** : (١) أنه يجب الرجوع فى تقدير قيمة النزاع إلى وقت حصول التصرف القانونى لا إلى وقت رفع الدعوى ، على أن يضاف إلى قيمته قيمة ملحقاته المعروفة المحددة وقت العقد : فالتعويض المتفق عليه جزاء على التأخير فى الوفاء تضاف قيمته إلى قيمة الطلب الأصلى لأن التصرف قد شمله ، أما التعويض غير المتفق عليه فلا تضاف قيمته لأن العقد لم يشمله من جهة ولأنه مترتب من جهة على تقصير المدين فيصح إثبات هذا التقصير بكافة الطرق أيا كانت قيمته هو . أما التعويض الجزائى المترتب على عدم الوفاء فلا تصح إضافته على قيمة الطلب لعدم جواز الجمع بينهما (المادة ٩٨ مدنى) وكذلك الملحقات التى لا يمكن تحديدها وقت العقد لا تضاف قيمتها . ومن التطبيقات أن للشريك فى شركة مدنية إذا كان رأس مالها لا يزيد على ألف قرش أن يثبت نصيبه فى أرباحها بشهادة الشهود ولو زاد على هذا النصاب (راجع الاثبات فقرة ٥٧ لغاية نمرة ٦٣) — (٢) لا يصح بين العاقدين إثبات ما يخالف العقد المكتوب ولا ما لم يرد به ، مما يدعى أنه حصل قبل العقد أو أثناء تحريره أو بعده ، ولو كانت قيمة العقد ألف قرش فأقل . وعلى ذلك فلا يصح إثبات استبدال التزام بآخر ولا المقاصة فيه ، ولا الصلح عنه ، ولا تعديل شروطه ، ولا إضافة قيد له من أجل أو شرط ، ولا تحديد محل للدفع والوفاء ، ولا حصول الاتفاق على فائدة . لا يصح إثبات ذلك وما أشبهه بالبينة (راجع أوبرى ورو جـ ١٢ ص ٣٣٣ وهوامشها — (٣) واختلفوا فيما إذا كان يصح الاتفاق على الاثبات بالشهود فيما زادت قيمته على ألف قرش فلم يجزه أغلب فقهاء القانون الفرنسى وقليل من الأحكام الفرنسية الصادرة من محاكم الاستئناف لاعتبارهم الاتفاق مخالفاً للنظام العام (راجع بودرى جـ ٤ تعهدات فقرة ٢٥١٨ ص ٢١٥ وهامش نمرة ١ وأوبرى ورو جـ ١٢ ص ٢٩٩) وأجازه بعض الفقهاء الفرنسيين وجرت به أكثر الأحكام وأحكام محكمة النقض بصفة خاصة (راجع بودرى وأوبرى ورو فى المرجعين السابق الذكر بالهوامش) وقد أخذت محكمة النقض الجنائية المصرية بهذا الرأى الأخير فى حكمها الصادر فى ٨ نوفمبر سنة ١٩٢٨ (مجموعة القواعد القانونية جـ ١ رقم ٨) حيث قضت بأنه لا يصح الطعن لأول مرة أمام محكمة النقض بمخالفة الحكم المطعون فيه لقواعد الاثبات القاضية بعدم جواز الاثبات بالبينة فيما زادت قيمته على ألف قرش . وهو ما قضت به محكمة النقض الفرنسية وثبتت عليه من سنة ١٨٧٨ لغاية الآن (راجع تواريخ هذه الأحكام فى بودرى المرجع السابق والهامش نمرة ١) . أما محكمة النقض البلجيكية فقد أخذت بالرأى الأول حكم ٣ يناير سنة ١٨٥٦ (باسكيريزى ٥٦ — ١ — ١٧٨) وراجع الاثبات فقرة ٩٥ . أما الاتفاق على عدم جواز سماع الشهود فيما تجوز الشهادة فيه فلا خلاف فى صحته (الاثبات فقرة ٩٦ والمراجع المذكورة بالهامش نمرة ٢) .

ومن قواعدهم فى الاثبات بالكتابة : أنه لا يصح لانسان أن ينشئ بنفسه لنفسه دليلا على غيره ، وأن الأصل فى المحررات التى تكون لها قوة إثبات أن تكون موقعة ممن يراد الاستدلال بها عليه (ومن ذلك ما حكمت به محكمتنا من أن دفتر ناظر الوقف المثبت لحساب الوقف ومقدار ما يستحقه كل من المستحقين لا يعتبر دليلا لورثته على المستحقين بقبضهم قيم استحقاقهم ما دام لا توقيع لهم على هذا الدفتر يفيد هذا القبض ن . م . م ٢٠ يونيه سنة ١٩٣٥ القانون والاقتصاد سنة ٥ رقم ٨٨ والمحاماة س ١٦ عدد ١١٧ ص ٢٨١) ولكن القانون قد استثنى من ذلك استثناءات : =

= منهـا الدفاتر التجارية : فقـد أجاز قبولهـا للاثبات فى دعاوى التجار المتعلقة بأمور تجارية إذا كانت تلك الدفاتر مستوفية للشروط المقررة قانونا . وقد تساءل الفقهاء عما إذا كان يجوز للتاجر أن يثبت بدفاتر التجارة دينا مدنيا على تاجر آخر أو على غير تاجر ، وعما إذا كانت هذه الدفاتر تصلح حجة على صاحبها فى معاملات مدنية . ويكاد يكون المجمع عليه أنه لا يصح لتاجر أن يتمسك بما ورد بدفاتره من معاملات مدنيـة إذا كان خصمه غير تاجر وقت المعاملة ، لا على اعتبار كون الدفاتر دليلا كاملا ولا على اعتبار كونها مبدأ ثبوت بالـكتابة يصح تكملته بشهادة الشهود والقرائن ؛ ويقول الأستاذ نشأت بك إن محكمة الاستئناف المختلطة قضت مراراً باعتبار الدفاتر التجارية فى هـذه الصورة مبدأ ثبوت بالـكتابة وإن فى قضائها هذا شـذوذاً لامبرر له (راجع الاثبات فقرة ٢٧٩ والهامش نمرة ١ و نمرة ٢) ولا ينبغى أن تستثنى من ذلك أثمان ما يبيعه التجار من بضائعهم لعملائهم (Les fournitures faites par un commerçant à un non commerçant) كما استثناها القانون الفرنسى بنص المادة ١٤٢٩ واعتبر فيها الدفاتر التجارية مبدأ ثبوت بالـكتابة وأجاز للقاضى تحليف أى الخصمين اليمين المتممة . وظاهر أن هذا كله فى المعاملات التى تتجاوز قيمتها ألف قرش فإن لم تتجاوزه أصبح الاثبات بالبينة وبالقرائن حراً وجاز للقاضى أن يعتبر انتظام القيد فى الدفتر التجارى قرينة على صحة ما ورد به يكتفى بها أو يستكملها بسماع البينة أو بتحليف اليمين المتممة . وكذلك لا يصح للتاجر أن يثبت دينا مدنيا له على تاجر آخر بالدفاتر التجارية طبقا لنص المادتين ١٧و١٨ تجارى اللتين اشترطتا لقبول الاثبات بهذه الدفاتر أن تكون المـادة تجارية . أما أن الدفاتر التجارية يصح اعتبارها حجة على صاحبها بمـا ورد فيها من معاملة مدنية ، ولو كانت غير منظمة ، فيكاد يكون بدهيا ولو لم يرد به نص كنص المادة ١٣٣٠ من القانون المدنى الفرنسى . وظاهر كذلك أنه إذا اعتبرت دفاتر التاجر حجة عليه فلا يصح لخصمه أن يجزئ عليه ما ورد بها متعلقا بالدين المتنازع فيه ولو لم يرد بعدم جواز التجزئة نص كنص المادة ١٣٣٠ من القانون الفرنسى (راجع بودرى ج ٤ تعهدات فقرة ٢٤٣٠ ص ١٤٦ وهامش نمرة ١ و نمرة ٢ والاثبات فقرة ٢٨٤ لغاية فقرة ٢٨٦ وهوامشها) .

ومن ذلك المراسلات الخصوصية : وما دام القـانون لم يحدد لهـا قوة إثبات خاصة ، فيجب أن يوكل الأمر فيها لقاضى الموضوع ، إن شاء اعتبرها دليلا كاملا أو مبدأ ثبوت بالـكتابة أو مجرد قرينة وإن شاء طرحها جانبا حسب الأحوال ، وذلك سواء أكان الذى قدمها فى القضية هو من أرسلت إليه أو أجنبيا ، إلا أن تتضمن معاملة مدنية أو تجارية خاصة ويكون الغرض من تحريرها وإرسالها هو مبادلة الرأى فيما اشتملت عليه خاصا بهـذه المعاملة ولتكون مستنداً على صاحبها لمن أرسلت له فإنها تعتبر حينئذ من المحررات العرفية التى اعترف بها القانون وحدد لها حجيتها القانونيـة وأوجب على القضاة الأخـذ بهـا بشروطها (راجع أوبرى ورو ج ١٢ ص ٢٩٥ و ٢٩٦ وهامش نمرة ١٨و١٩و٢٠ وقد أسماها عندئذ actes instrumentaires)

أما الرسالة التلغرافيـة المسلمة للمرسلة هى إليـه فلا يمكن اعتبارها كالصورة من سند رسمى محفوظ أصله ، لأن موظف التلغراف لا يتحقق من شخصية المرسل وقد يقبل التلغراف من أى إنسان غير صاحبه . وعلى ذلك فإن كان أصل التلغراف موجوداً فقـد وجب الاطلاع عليه برضا المرسل والمرسل إليه وحينئذ تجرى عليه أحكام المحررات العرفية من الاحتجاج بها عند الاعتراف أو تكليف المتمسك باثبات صحة الامضاء أو الختم (الاثبات فقرة ٣٢١ وما بعدها)

مسائل فى الإقرار : ومما اشترطوه فى الاقرار القضائى ليكون حجة كاملة أن يقصد =

= المقر باقراره إلزام نفسه بما أقر به وإعفاء خصمه من تقديم أى دليل عليه ، فاذا أقر شاهد بصدور أمر منه أثناء تأديته الشهادة أمام محكمة مدنية أو جنائية فانه لا يجوز لمن صدر له الاقرار أن يتخذه حجة فى دعوى يرفعها على هـذا الشاهد بمقتضى ذلك الاقرار ، ومن قرر أموراً واستند إليها فى ادعاء أو فى دفع تعزيزا لحجته فلا يعتبر تقريره إياها اعترافاً قضائيا لأن المقر لم يقصد مطلقاً أن يعتبر إقراره حجة عليه لخصمه (أوبرى ورو جـ ١٢ ص ١٠٧ و ص ١٠٨ والاثبات فقرة ٤١٤) ومن اعترف فى قضية بأمر فلا يكون لاقراره هذا قوة الاعتراف القضائى فى قضية أخرى لأنه لم يقصد أن يتعدى أثر اعترافه تلك القضية (أوبرى ورو جـ ١٢ ص ١١١ والهامش والاثبات فقرة ٤١٩) . ومن قواعدهم أن لقاضى الموضوع الحرية الكاملة فى تقدير الاعتراف غير القضائى ، فله أن يأخذ أو لا يأخذ به وليس عليه أن يخضع فيه لقاعدة عدم تجزئة الاعتراف ، بل له أن يقبل عدول المقر عن إقراره . ويرى الأستاذ نشأت بك أن إثبات الاقرار غير القضائى الحاصل فى غير مجلس القضاء يجب أن يخضع للقواعد التى تسرى على التصرفات ، بمعنى أنه إذا كان شفويا وكانت قيمة النزاع أكثر من ألف قرش فانه لا يؤبه له ، وإلا سمح باثبات حصوله بالشهود ، وإن كان بالكتابة فتكون له قوة إثبات المحررات بشروطها . أما الاقرار الذى يحصل فى مجلس القاضى ولا يعتبر مع ذلك قضائيا لعدم توافر شروطه فأمر تقديره متروك للقاضى يعتبره مبدأ ثبوت بالكتابة أو دليلا كاملا (الاثبات فقرة ٤٤١ وهوامش الصحيفة ٢٥٦) .

مسائل فى اليمين الحاسمة والمتممة : ومن قواعدهم فى اليمين الحاسمة أنها نوع صلح بين طرفى الخصومة لا يوجهها القاضى ولا توجه إلا من خصم لخصمه . وإذا أداها من وجهت إليه اعتبر محقاً فى زعمه ، وإن نكل عنها اعتبر مبطلا ، وإن ردها على خصمه كسب هذا الدعوى إن حلفها ، وخسرها إن نكل عن يمينه . والمفهوم من نص المادة ٢٢٥ (التى تنص على أن التكليف باليمين يؤخذ منه أن طالبها ترك حقه فيما عداها من أوجه الثبوت) انه يصح توجيه اليمين الحاسمة — كقاعدة عامة — فى كافة المواد حتى فيما زادت قيمة النزاع فيه على ألف قرش ، فيصح توجيهها لاثبات ما يخالف عقداً مكتوباً ، ولو كان العقد رسميا ، إلا فيما لا يجوز الطعن فيه إلا بالتزوير (بودرى جـ ٤ التعهدات فقرة ٢٧٤٢) . ولهذا استثناءات : منها أنه لا يصح توجيه اليمين الحاسمة لاثبات حصول عقد حتم القانون وقوعه بشكل خاص كالهبة (فى غير المنقول الذى سلم فعلا) والرهن العقارى والوقف والوصية ، ولا لاثبات ما يخالف قرينة قانونية قاطعة شرعت لمصلحة عامة كقوة الشىء المحكوم به ، أو وضع اليد المدة الطويلة المكسبة للملك . ولا يجوز توجيه اليمين فى نزاع على النسب أو فيما اعتبر أنه من النظام العام مما لا يصح فيه الصلح أو التنازل عن الحق ، كما لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة كذلك من المتهم إلى المدعى بالحق المدنى ، ولا من هذا إلى المتهم ، أمام المحاكم الجنائية (الاثبات فقرة ٤٧١ لغاية ٤٨٢) .

وقد بحثوا فيما إذا كان يجوز توجيه اليمين الحاسمة من باب الاحتياط فقيل إن المادة ١٦٦ مرافعات تنص على عدم الجواز وعلى أن التكليف باليمين يفيد ترك ما عداها من أوجه الثبوت . وقد نقد ذلك (المرافعات لأبى هيف بك فقرة ٩١١ ص ٦٤٤ و ٦٤٥ وهوامشهما والاثبات لنشأت بك فقرة ٤٨٩) فقيل إن تحليف اليمين فى هـذه الحالة يكون غير قانونى لأن صاحب اليمين لم يوجهها إلا على اعتبار أن الخصم لا يحلفها إلا عند عدم نجاح طرق الاثبات الأخرى المقدمة منه ، فكل مايملكه القاضى أن يخير طالب الحلف بين الحلف على يمينه وبين =

= هذه الطرق . ثم قيل : إن محكمة الاستئناف المختلطة كانت تقضى بأن توجيه اليمين الحاسمة من باب الاحتياط يقتضى عدم الالتفات لأوجه الاثبات الأخرى والاكتفاء بتوجيه اليمين ، ثم قضت بأن هذا التوجيه ينبغى ألا يكون له من الأثر سوى إهمال اليمين .

وكذلك بحثوا فيما إذا كانت المحكمة تملك رفض توجيه اليمين مع توافر الشروط المطلوبة فيمن وجهها وفى الوقائع المراد الحلف عليها ، فذهب الفقهاء إلى أن المحكمة لا تملك رفض توجيه اليمين إلا إذا انتفى شرط من هذه الشروط (بودرى جـ ٤ فقرة ٢٧٤٧ ص ٤١٨ و ٤١٩ وهوامشهما وأوبرى ورو جـ ١٢ ص ١٤٧ وهامش ٣٤ وجارسونيه جزء ٢ ص ٤٩٨) وقد جرى القضاء برفض توجيه اليمين الحاسمة إذا كانت الوقائع المدعاة غير محتملة الصدق ، أو كانت تكذبها المستندات المقدمة فى الدعوى ، أو إذا تبين للمحكمة أن المقصود من توجيه اليمين هو مجرد الكيد أو التشكيك فى ذمة الخصم وإظهاره مظهر الحانث فى يمينه (المراجع المتقدمة والعشماوى جـ ٢ ص ٤٤٢ و٤٤٣ وهوامشهما وتيسيه جـ ٢ ص ٨٣٩ و ٨٤٠ ، وانتقد هذا الرأى أوبرى ورو) . والظاهر من قضاء محكمة الاستئناف المختلطة أنها لا تجيز الحكم برفض تحليف اليمين إلا إذا تبين لها أنها كيدية (الفهرست العشرى الثالث رقم ٢٥١٤ وما بعدها) والظاهر من تعليق الأستاذ بارتن أنه يجيز الحكم برفض التحليف اعتبارا بأن توجيه اليمين فى هذه الصورة يكون من قبيل سوء الاستعمال فى الحق (أوبرى ورو جـ ١٢ ص ١٤٧ هامش ٣٣) .

والرأى الراجح عندنا هو رأى الفقهاء لأن اليمين الحاسمة هى ملك الخصم لا ملك القاضى فاذا رفض القاضى توجيهها بعلة أن الواقعة غير محتملة الصدق أو تكذبها المستندات أو توافرت على ثبوتها أدلة أخرى ، فانه قد يكون حرم الخصم من حقه فى الالتجاء إلى ذمة خصمه بشأن واقعة مهما تكن بعيدة التصديق ظاهراً فهى متعلقة بالدعوى ، ولا ينبغى أن يمنع من الاستخلاف عليها لجواز أن يأتى الحلف أو النكول مؤيداً لها .

وكما انتقد كتاب «الاثبات» نص المادة ١٦٦ من قانون المرافعات انتقد نص المادة ١٦٩ التى أجازت للقاضى تغيير صيغة اليمين بغير قيد ، ورأى أنه يجب على القاضى متى رأى تغييرها أن يعرضها معدلة على من وجهها أصلا ، فان قبلها حكم بتوجيهها وإلا حكم برفضها ، لأنها تكون عندئذ غير متعلقة بالدعوى (فقرة ٤٩٢) .

ومن مباحثهم فى اليمين المتممة : أنه لا ينبغى التقيد بما يدل عليه ظاهر المادة ٢٢٣ من القانون المدنى من أن القاضى لا يوجه يميناً متممة إلا إذا كانت الأوراق المقدمة للاثبات غير كافية ، لأن الشارع كان عند تقريره حكم هذه المادة غير ملتفت إلا إلى الصورة المهمة التى هى صورة ما إذا كان النزاع تزيد قيمته على ألف قرش ، وذلك لينفى فيها احتمال عدم جواز الاثبات بالبينة والقرائن التى منها اليمين المتممة . ولهذا انعقد الاجماع على جواز تحليف اليمين المتممة فى المسائل التجارية وفى المواد المدنية التى لا تتجاوز قيمة النزاع فيها ألف قرش ولو لم تكن فيها أوراق كتابية ، كما انعقد على أن الأمر فى توجيه اليمين المتممة أو فى عدم توجيهها ليس مقصوراً على تأييد دين أو إثبات براءة الذمة من دين كما نص عليه فى المادة ٢٢٣ المذكورة ، بل يصح توجيهها فى كل حق أو فى أى تعهد يمكن أن توجه فيه اليمين لصاحب الدعوى أو لصاحب الدفع =

وشروطها[1] ، و يبين من ومن تكون هذه الحجية ، وكيف يقدم كل دليل للمحكمة

= وليست اليمين المتممة كاليمين الحاسمة ، فللقاضى أن يعدل عن توجيهها إذا وجد مايغنيه عنها وألا يأخذ بها بعد تأديتها ، وإذا رفضها من وجهت إليه فليس من المحتم أن يحكم عليه فى الدعوى (راجع الاثبات فقرة ٥١٠) .

وهناك يمين أخرى وسط بين اليمين الحاسمة واليمين المتممة ، وهى التى أوجب القانون على القاضى توجيهها لمن يدعى سقوط الحق فى الدين بمضى ثلثمائة وستين يوماً فأقل (المادة ٢١٢ مدنى) كما أوجب عليه الأخذ بنتيجتها ، وقد سماها الأستاذ نشأت اليمين المتممة حتما بحكم القانون ، لأن بها تتم قرينة التخلص من الدين بمضى المدة وتصبح قرينة قاطعة كاملة (الاثبات فقرة ٥١١)

القرائن القانونية : ومن أبحاثهم فى القرائن أنها نوعان : قضائية وقانونية . فالقضائية هى التى يستنبطها القاضى من ظروف الدعوى وأحوالها ، والقانونية هى التى يستنبطها الشارع من أحوال الناس وطبائعهم وعاداتهم اليومية فى معاملاتهم كقرينة وجود سند الدين تحت يد المدين التى اعتبرها دليلا على تخلصه من الدين ، أو يقررها للمصلحة العامة كقرينة قوة الشيء المحكوم به أو لمنع التحايل على مخالفة حكم من أحكامه كقرينة البيع فى مرض الموت التى اعتبرها دليلا على أنه وصية . ولما كانت القرائن القانونية ليست فى الواقع وسائل إثبات وإنما تعفى من الاثبات (راجع نص المادة ١٣٥٢ من القانون المدنى الفرنسى) كان على من يتمسك بها أن يثبت وجودها وتوافر شروطها القانونية وكان على القاضى أن يأخذ بها ولو اعتقد عدم صحتها . أما القرائن القضائية فالقاضى هو الذى يستنبطها وهو حر فى الأخذ وعدم الأخذ بها .

ومن المسائل الخاصة بالقرائن القانونية مسألة ما إذا كان يجوز للقاضى أن يعمم رأيه فيما يستنبطه من أحوال الناس وطباعهم وعاداتهم اليومية فى معاملاتهم فيجعله قرينة قانونية يوجب على نفسه الأخذ بها فى القضايا المماثلة فيعفى بناء على ذلك صاحب القرينة من الاثبات ويكلف خصمه باثبات عكسها . إن جمهور الفقهاء الفرنسيين متفقون على أن لا قرينة قانونية إلا بنص وعلى أنه لا يجوز التوسع فيها ولا القياس عليها ، وخالفهم فى ذلك بلانيول (جزء ٢ رقم ١٥ وتعليقه على حكم محكمة السين ٢٤ يناير سنة ١٩٠٦ (د ٩٠٧ — ٢ — ١٧) ويقول فى مطوله إن القضاء يأخذ أحياناً برأيه ويستشهد بهذا الحكم وبحكم آخر أصدرته محكمة ريوم فى ٣٠ يوليه ١٩٠٣ (د ٩٠٨ — ٢ — ١٧٢) وقد بحث العلامة جينى هذه المسألة (فقرة ٢٣٥ من كتابه (Science et Technique en Droit Privé Positif) فبين كيف أن القضاء فى ظروف كثيرة قد مد بعض القرائن إلى غير حدودها وقاس وضيق فى بعض آخر ، ثم قرر فى ختام بحثه (ص ٣٣٠) أن النظر الفقهى لا يمنع الفقيه والقاضى من إقامة القرائن القانونية تفسيراً وتنفيذاً للقانون .

وليس فى قانوننا نص كنص المادة ١٣٥٢ مدنى فرنسى يمنع من اتباع هذا الرأى .

(١) إذا حدد القانون حجية الدليل وجب على القاضى قبوله والأخذ بنتيجته ، وحكمه فى ذلك يكون خاضعاً لرقابة محكمة النقض . أما إذا أطلق له فى قبول الدليل وفى الأخذ بنتيجته =

وما طريقة تحقيقه[(١)]، وما هى إجراءات هذا التحقيق ؟ ومتى يترتب البطلان على

= وعدم الأخذ بها كالتحقيق بالبينة وبالقرائن القضائية فان سلطته تكون موضوعية لايخضع فيها لهذه المراقبة .

حجية الاثبات بالكتابة : والقانون هو الذى قسم المحررات إلى رسمية وعرفية وقرر لكل منها حجيته وشروط هذه الحجية بالنسبة للعاقدين وفى حق الغير ، فلم يشترط فى المحرر العرفى إلا أن يكون موقعاً عليه من الملتزم ، ولم يجعله وحده دالا على صحة صدوره ممن نسب إليه مالم يقر به فإن أنكره وجب على من يتمسك به أن يثبت صحته ، وكذلك جعل تاريخه العرفى حجة بين طرفى العقد وورثتهم ولم يجعله حجة على الغير إلا إذا ثبت تاريخه رسمياً . أما المحرر الرسمى فقد اشترط القانون أن يكون قد حرره موظف عمومى أو مأمور رسمى مختص بتحريره بحسب القواعد الموضوعة لذلك (لوائح ترتيب المحاكم المختلطة والأهلية والشرعية لم تقيد توثيق العقود فى هذه المحاكم بحدود اختصاصها القضائى بالنسبة للأشخاص) ومتى استكمل المحرر الرسمى فى الظاهر هذه الشرائط اعتبر صحيحاً ودليلاً قاطعاً على حصول التصرف الثابت به فى حق الكل ، لا يستطيع أحد أن ينكر شيئاً مما جاء به لا محتوياته ولا التوقيعات الموقع بها عليه ولا حصوله أمام الموظف المحرر له فى تاريخ تحريره ومكانه . أما ما اشتمل عليه تفصيلا فينبغى التفرقة فى ذلك بين ما باشره الموظف بنفسه أو أثبته باعتبار أنه رآه أو سمعه وبين ما يرويه بناء على أقوال العاقدين مما لم يحدث فى حضرته ، فى الحالة الأولى تكون تلك البيانات حجة حتى يحكم بتزويرها بعد اتباع إجراءات الطعن بالتزوير وفى الحالة الثانية يكون المحرر الرسمى دليلا فى ذاته على صحة تلك البيانات ولكل من الطرفين أن يثبت عدم صحتها بغير حاجة إلى الطعن بالتزوير .

وفى القانون أحكام كثيرة أخرى تتعلق بالاثبات بالكتابة كأحكام التوقيع على بياض وحجية العقود الساترة والعقود المستورة والأوراق الكاشفة للتلجئة (الصورية) فى حق المتعاقدين وغيرهم وغير ذلك ، وجميعها يجب على القاضى مراعاته والأخذ به ، وحكمه فيه خاضع لرقابة محكمة النقض .

وفى القانون كذلك أحكام تتعلق بمبدأ الثبوت بالكتابة ومنها : وسائل إثبات التاريخ الواردة بالمادة ٢٢٩ مدنى هل هى واردة على سبيل الحصر أم غير واردة (ن . م . م ٣٠ مايو سنة ١٩٣٥ فى أنها ليست على سبيل الحصر ، المحاماة س ١٦ رقم ٥٩ ص ١٣١) .

حجية الاقرار القضائى واليمين الحاسمة : والقانون هو الذى بين شرائط الاقرار وحجيته ومتى يقبل التجزئة ومتى لا يقبلها ، كما بين أحكام اليمين القضائية وشرائط اليمين الحاسمة وحجيتها وهل يمكن العدول عنها ، وأحكام رد اليمين والنكول عنه ومن يستفيد من اليمين ومن تفيده اليمين ، إلى غير ذلك .

حجية القرائن القانونية : والقانون كذلك هو الذى بين حجية القرائن القانونية بنوعيها : القاطعة التى لا تقبل إثبات ما يناقضها (كقرينة الملكية المستفادة من وضع اليد المدة الطويلة ، وقرينة قوة الشىء المحكوم به ، وقرينة العلم بالقانون بعد نشره فى الجريدة الرسمية) ؛ وغير القاطعة التى تقبل إثبات ما يناقضها (كوجود سند الدين تحت يد المدين ، فان للدائن أن يثبت أن وجود السند تحت يد المدين هو لسبب آخر غير تخلصه من الدين ، المادة ٢٢٠ مدنى)

(١) قلنا فيما سبق أنه لا يجوز للقاضى أن يأخذ بدليل قدم إليه من غير أن يمكن من =

عدم مراعاة هـذه الإجراءات بطلان ، ومتى يتعين التمسك بهذا البطلان

= وجه عليه هذا الدليل من مناقشته وإدحاضه ، وهو ما يقتضيه حماية حق الدفاع . ولهذا إذا كان الدليل كتابيا فالمتبع أن كل خصم يقدم مستنداته ثم يتبادل الخصوم الاطلاع على المستندات وأن المحكمة تمنحهم الأجل الذى يسمح لهم بهذا الاطلاع والاستعداد للمرافعة ، فاذا حصل التسليم بصحة المستندات استخلصت منها المحكمة ما ينبغى أن توقع به الحكم ، وإن قام النزاع على صحة ورقة منها حققتها المحكمة متبعة الاجراءات المبينة فى قانون المرافعات لاثبات صحة الورقة أو تزويرها (إجراءات تحقيق الخطوط ودعوى التزوير الفرعية) . ومن مسائل هذه الاجراءات اختلافهم فيما إذا كان يجوز أو لا يجوز الادعاء بتزوير الورقة التى سبق إنكارها وحكم بصحتها بعد اتباع إجراءات تحقيق الخطوط ، وكذلك فيما إذا كان يجوز هذا الادعاء بعد الاقرار بصحة الورقة أو لا يجوز ، فرأى جرسونيه الجواز (جارسونيه جزء ٢ رقم ٢٧٦ ص ٤٥٥ مستشهداً بنص المادة ٢١٤ مرافعات وباعتبارات أخرى ومستنداً إلى قضاء محكمة النقض ع . ف ٢٢ مارس سنة ١٨٦٩ (١٨٦٩ — ١ — ٤٤٨) ورأى تيسيه عدم الجواز (جـ ٢ رقم ٦٢٦) (راجع العشماوى ص ٣٥٣ هامش ١ وأبا هيف ص ٦١٣ هامش ١و٢ وكلاهما رجح الأول) والمسألة فيها نظر فى مصر .

أما إذا كان الاثبات بالبينة والتحقيق فعلى الخصم أن يبين الوقائع التى يريد إثباتها فى أقواله وطلباته المقدمة للمحكمة بالكتابة أو فى الجلسة فى أى حالة كانت عليها الدعوى ولو أمام محكمة الاستئناف ولخصمه أن ينازعه فى تعلق تلك الوقائع بالدعوى وعلى المحكمة أن تفصل فى ذلك فتأذن بالتحقيق أو لا تأذن به ثم تجرى التحقيق على الوجه المبين بقانون المرافعات بالفصل الخاص بالتحقيق بالبينة .

وعلى من يطلب ندب خبير فى أى حالة كانت عليها الدعوى أن يبين كذلك نوع العمل الذى يدعو الأمر للاستعانة برأى الخبير فيه ، وكذلك على من يطلب انتقال المحكمة للمعاينة أن يبين لها أثر هذا الانتقال فى سير الدعوى ومتى حكمت المحكمة بندب الخبير أو بانتقالها إلى محل النزاع اتبعت الاجراءات المبينة بقانون المرافعات .

وكذلك على الخصم الذى يكلف خصمه باليمين الحاسمة للنزاع أن يقدم صيغة اليمين بعبارة صريحة واضحة ولخصمه منازعته فى ذلك ، ويجب على المحكمة عند الحكم بتعلق الواقعة التى يراد التحليف عليها بالدعوى أن توجه اليمين ثم تجرى التحليف متبعة ذلك أحكام الفصل الخاص باليمين فى قانون المرافعات .

وقد قررت محكمتنا « بأن أصل مراد الشارع بالمادة ١٦٩ من قانون المرافعات أن المحكمة إذا حكمت بتحليف اليمين فهى تقتصر على مجرد الحكم بذلك مع بيان صيغة السؤال المراد التحليف عليه ثم تترك لمن يهمه من الأخصام السعى فى تنفيذ هذا الحكم باعلانه لخصمه وتحديده الجلسة لذلك . أما أن تحدد المحكمة من تلقاء نفسها ميعاداً لحلف اليمين أمامها أو أن تعتبر نطقها بالحكم إعلاناً للخصوم بالجلسة التى تحددها للتحليف فهذا خارج عما هو مفهوم من مجموع المادتين ونظام الاجراءات التى يريد الشارع بحسب الأصل اتباعه فى مسألة الحكم باليمين وتنفيذ هـذا الحكم » . ولهذا حكمت بنقض الحكم الذى اعتبرت فيه محكمة الاستئناف من كان عليه الحلف ناكلا عن اليمين لعدم حضوره فى اليوم الذى حددته فى حكمها الصادر من قبل بتحليف اليمين =

و إلا سقط الحق فيه ؟ [١] . جميع ذلك وما إليه قواعد قانونية إن خالف القاضى

= وباعتبار النطق بالحكم إعلاناً له (ن . م . م ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٥ المحاماة س ١٥ ق ١ عدد ١٢ ص ٢٥٤ ومج س ٣٦ عدد ١٣٥ ص ٢٧٣) .

ولقاضى الدعوى كما قلنا السلطة التامة فى تقدير الوقائع المراد استجواب الخصم عنها أو المطلوب تحليفه اليمين الحاسمة عليها أو تحقيقها بالبينة أو بالقرائن أو بالانتقال إلى محل النزاع أو بأهل الخبرة ، وهو ليس ملزماً بالحكم بقبولها وتحقيقها أواستجواب الخصم عنها بل له أن يقرر أن تحقيقها غير منتج ، إما لترجيحه احتمال عدم إمكان إثباتها أو لأن ظروف الدعوى وما قدم فيها من المستندات وما استخلصه من أقوال الخصوم يغنى عن التحقيق أو لأن طالب التحقيق لم يقدم أية قرينة تقرب احتمال تصديقه فيما يدعيه . وله كذلك أن يقضى برفض دعوى التزوير إذا تبين له أن الادعاء بالتزوير لا أساس له أو أنه أريد به الكيد وتأخير الفصل فى الدعوى ، كما له أن يحكم بعدم صحة الورقة المنكرة أو برد وبطلان الورقة المدعى بتزويرها من غير تحقيق بل من غير ادعاء بالتزوير .

(١) والقاعدة العامة فى جميع إجراءات التحقيق بكافة طرقه أنه إذا كان الاجراء جوهرياً فعدم اتباعه والتقصير فيه يقتضى البطلان بغير حاجة إلى نص فى القانون . أما إذا كان غير جوهرى فلا يقضى ببطلان الاجراء إلا بنص صريح . وإذا كان البطلان متعلقاً بالنظام العام فيجوز التمسك به فى أى حالة كانت عليها الدعوى وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها . وإذا كان البطلان متعلقاً بمصلحة الخصوم فلا يجوز لغير من له مصلحة منهم التمسك به ويجب الدفع به قبل الدخول فى الموضوع ويسقط الحق فيه إذا وقف صاحبه إزاء التحقيق موقفاً يستفاد منه أنه قد اعتبره صحيحاً أو إذا قام باجراءات تدل على أنه اعتبره صحيحاً كذلك . ومن ذلك : (١) أن المحكمة لا يجوز لها أن تأمر بالاستجواب من تلقاء نفسها ، ولا أن تستجوب غير أهل له من الخصوم ، ولا أن تستجوب الخصوم فيما لا يصح الأمر بالاستجواب فيه ، ولا أجنبياً عن الخصومة ، فإن فعلت فان استجوابها يكون باطلا ولذى المصلحة أن يدفع بالبطلان قبل أن يصدر منه ما يفيد التنازل عنه صراحة أو ضمنا . أما استحضار الخصوم فللمحكمة أن تأمر به من تلقاء نفسها (راجع فى ذلك وفى الفرق بين استجواب الخصوم واستحضارهم لسؤالهم : العشماوى وأبو هيف فى البابين) . (٢) ويبطل الحكم الصادر بالتحقيق إذا لم يبين الوقائع المقتضى إثباتها (المادة ١٨٢ مرافعات) أو إذا حكم بالتحقيق بالبينة فيما لا يجوز إثباته بها . ويزول هذا البطلان فى الصورة الأولى بحضور التحقيق والمضى فيه ، وفى الصورة الثانية بتنازل من له الحق فى البطلان عن الدفع بعدم جواز الاثبات بالبينة كما إذا قبل هذا الاثبات صراحة أو نفذ الحكم الصادر بالتحقيق بدون احتفاظ بحقه فى الاعتراض عليه . (٣) ويبطل التحقيق بالبينة إذا لم يجر بمركز المحكمة المنظورة أمامها الدعوى (إلا فى حالة ما إذا كان محل إقامة الشهود بعيداً عن البلدة الموجود فيها مركز المحكمة أو فى حالة ما إذا كان للشاهد مانع يمنعه من الحضور لمركز المحكمة) أو إذا أجراه قاض لم تنتدبه المحكمة التى أصدرت الحكم بالتحقيق أو كان قد ندبه قاضى التحقيق ولم يكن هذا القاضى مأذوناً بندب غيره ، أو إذا جرى التحقيق بغير إعلان الخصم باليوم والساعة المعينين لاستماع شهادات الشهود . (٤) وقد يعيب التحقيق ما يؤثر فيه بجملته فيبطل كله ، وقد لا يفسد منه إلا بعضه كتحقيق الاثبات أو تحقيق النفى أو شهادة شاهد أو أكثر لم تستوف فى أدائها الاجراءات القانونية (كشهادة من لا تقبل شهادته لعدم التمييز أو لصغر =

قاعدة منها أو أخطأ فى تطبيقها أو فى تأويلها كان حكمه محلا للطعن بطريق النقض .

وإذن فلا يجوز للقاضى أن يحصل فهم الواقع من غير طريق الخصوم ومن خارج الأدلة المقدمة فيها ، ولا أن يأخذ بدليل قدمه صاحبه فى غير مواجهة خصمه ومن غير أن يتاح لهذا الخصم فرصة مناقشته وإدحاضه ، ولا بدليل قام فى قضية أخرى لم يكن هذا الخصم طرفا فيها ولم تتح له فرصة مناقشته كذلك . ولا يجوز له أن يعتمد على ما يحصله بفحصه الشخصى خارج الجلسة وبعيداً عن الخصوم ، ولا أن يقضى بعلمه ، ولا أن يأخذ بتحقيق أجراه غيره إلا إذا قدمه من أراد الاستدلال به واطلع عليه خصمه ومكنه من المناقشة فيه [(١)] .

= السن أو للعته وكشهادة من لم يحلف اليمين وهو أهل لحلفها) فيكون البطلان لذلك كلياً أو جزئياً . (٥) وتبطل أعمال الخبير إذا لم يقم بدعوة الخصوم للحضور أمامه أثناء مباشرة العمل . ومن المفيد أن نختم هذا الهامش بايراد ما ذكرته محكمة النقض المصرية فى شأن بطلان أعمال الخبراء ليقاس عليه :

ومن حيث إن المادة ٢٢٧ من قانون المرافعات (وقد عدلت فيما بعد) وإن أوجبت على الخبير دعوة الخصم للحضور أمامه حسب القانون بغير أن ترتب جزاء ما إلا أنه ينبغى التفرقة بين مخالفة حكم هذه المادة بعدم إجراء أية دعوة ما للخصوم وبين دعوتهم للحضور بورقة أخرى غير ورقة التكليف على يد محضر . ذلك لأن مطلق الدعوة للخصم أية كانت وسيلتها هو إجراء جوهرى قصد منه تمكين طرفى الخصومة من الحضور أمام الخبير والدفاع عن مصالحهم عند قيامه بما عهد إليه من الاجراءات اللازمة لتنوير الدعوى ، أما حصول هذه الدعوة بورقة من أوراق المحضرين فهو إجراء خادم للاجراء الأول مقصود منه الاستيثاق من حصول هذه الدعوة بدليل يقينى . ومقتضى هذه التفرقة أن يكون الجزاء على عدم حصول دعوة ما للخصوم هو بطلان أعمال الخبراء لما يترتب على ذلك من الاخلال بحق الدفاع الواجب صيانته فى جميع مراحل الدعوى . أما حصول الدعوة بغير التكليف على يد محضر فلا يقتضى البطلان إلا إذا لم يطمئن القاضى إلى أن الدعوة بهذه الواسطة لم تبلغ محلها الواجب تبليغها إليه . . . » إلى أن قالت : « وحيث إنه متى كان المقصود من دعوة الخصوم للحضور أمام الخبير هو تمكينهم من الدفاع عن حقوقهم ومصالحهم أثناء مباشرة العمل فى قضيتهم فانه ينبغى ألا تصح الدعوة — إذا تعدد الممثلون لخصم ما — إلا لهم جميعاً أو لمن يكون منهم متمكناً من الادلاء بدفاعه . فان ترك الخبير دعوة المتمكن ودعا غيره ولم يستطع كلاهما الحضور ترتب على ذلك الاخلال بحق الدفاع وكانت أعمال الخبير باطلة وتقريره باطلا كذلك » (ن . م . م ٢٦ مايو سنة ١٩٣٢ المحاماة سنة ١٣ رقم ٢٠ ص ٥٩ والقانون والاقتصاد سنة ٣ رقم ٤٩ ومج س ٣٣ رقم ١٨٥ ص ٣٦٣)

(١) بودرى ج ٣ تعهدات فقرة ٢٠٥٦ ص ٤١٨و٤١٩ وجارسونيه ج ٢ ص ٣٩٨ وجلاسون وتيسيه ج ٢ ص ٦٥٩ وما بعدها والأحكام الكثيرة المبينة بهذه الصحائف .

٤٣ — (د) كلما كان الإثبات بالبينة والقرائن القضائية حرا[١] لم يقيد القانون فيه القاضي بقيد مّا غير وجوب مراعاة تقديم الدليل على الوجه الواجب تقديمه به وغير وجوب إجراء تحقيقه بالكيفية المبينة بقانون المرافعات ، فإن تحصيل فهم الواقع من الدعوى يكون حرا كذلك لا رقابة فيه لمحكمة النقض إلا من ناحية عدم اتباع هذه القواعد والإجراءات الشكلية فحسب .

وعلى هذا لا يقبل الطعن فى الحكم الصادر باجراء التحقيق أو برفض طلب اجرائه إذا بنى على زعم أن الوقائع المراد تحقيقها متعلقة بالدعوى ومنتجة فيها أوغير متعلقة بها ولا منتجة فيها ، لأن اعتبار هذه الوقائع متعلقة بالدعوى ومنتجة فيها أو غير متعلقة بها ولا منتجة فيها هو مما يتعلق بفهم الواقع فى الدعوى ولا دخل للقانون فيه[٢] . أما إذا بنى القاضي حكمه برفض طلب التحقيق على أسباب قانونية ، كأن يقول إن الواقعة المطلوب إثباتها تحصيلا لإثبات المدعى به لا تكفى

(١) ومما يكون فيه الاثبات بالبينة وبالقرائن حرا المواد التجارية والمواد المدنية إذا كانت الواقعة مادية (وقائع وضع اليد — الحوادث الضارة — الجنح وأشباه الجنح) أو إذا كان ثمة رابطة من الروابط القانونية وكانت لا تزيد قيمة المدعى على ألف قرش أو إذا كان من عليه الاثبات قد منعه مانع مادى أو أدبى من الاستحصال على كتابة مثبتة للدين أو للبراءة منه (المادة ٢١٩ من القانون المدنى) . وتفريعاً على هذه القاعدة تساءلوا عما إذا كان القاضي فى تقريره وجود مانع أدبى أو عدم وجوده يخضع لرقابة محكمة النقض أو لا يخضع لهذه الرقابة ، فقال بعض إن هذه مسألة واقعية يقدرها القاضي بما جرى به العرف مراعياً فيها ظروف الدعوى ، وبعض قال إنها مسألة قانونية ، ومن أنصار الرأى الأول توليه وبودرى ويؤيده بعض أحكام أصدرتها دائرة العرائض (بودرى جـ ٤ تعهدات فقرة ٢٦٢١ وجلاسون وتيسيه جـ ٢ ص ٦٧٣ وع . ف ١٥ يونية ١٨٩٢ (س ٩٣ — ١ — ٢٨٣) وتعليق لابيه عليه وحكم ٢٨ أكتوبرسنة ١٩٠٨ (س ٩١١ — ١ — ٨٩) و ن . م . ج أول يونيه ١٩٢٦ المحاماة سنة ٧ رقم ٢٢٣ ، ومن أنصار الرأى الثانى (لوران جـ ١٩ فقرة ٥٧٧ وليون كان فيا علق به على حكم ٢٧ مايو ١٩٠٧ (س ٩٠٧ — ١ — ٢٠٩) و ن . ف ١٣ أبريل ١٩١٠ (س ٩١٠ — ١ — ٥٠١) و ع . ف ٢ فبراير سنة ١٩٢٠ (س ٩٢٠ — ١ — ٢٦٠) . وقد حكمت محكمتنا بأن مسألة اعتبار الزوجية مانعاً أو غير مانع هى مسألة واقعية لا رقابة فيها لمحكمة النقض حكم ١٩ مايو سنة ١٩٣٢ المحاماة سنة ١٣ رقم ١٧ ص ١٥)

(٢) ن . ف ١٥ مارس سنة ١٨٩٣ (س ٩٥ — ١ — ١٧١) ومارتى بآخر هامش ١ ص ١٨٤

قانوناً لإثباته ، فإن رأيه يكون خاضعاً حينئذ لرقابة محكمة النقض[(١)] .

كذلك لا يقبل الطعن إذا بنى على أن المحكمة لم تحكم فى الدعوى بشهادة الكثير من الشهود ، أو على أنها حكمت فيها بشهادة شاهد واحد إذا كانت قد اعتقدت صدق هذا الشاهد ورأت أن شهادة هؤلاء لا تطابق الحقيقة التى اطمأنت إليها ، أو على أنها أخذت بأقوال شهود الإثبات (لأن اطراحها لأقوال شهود النفى معناه أنها لم تر فى شهادة هؤلاء ما يصح الركون إليه[(٢)]) أو على أنها لم تبن الحكم إلا على قرينة واحدة[(٣)] . ولا يجوز الطعن بخطأ الحكم فى تأويل القرينة التى اعتمدت عليها المحكمة فى تحصيل فهم الواقع فى الدعوى[(٤)] ، ولا بقصوره عن بيان المستندات التى قدمها لإثبات هذه القرينة[(٥)] . ولا يجوز الطعن بأن المحكمة قد اعتمدت على تحقيق قضائى قضى ببطلانه لفساد فى شكله[(٦)] أو على تحقيق إدارى[(٧)] أو تحقيق جنائى انتهى بصدور قرار بأن لا وجه لاقامة الدعوى العمومية[(٨)] ، ما دامت تلك الأوراق والمستندات قد قدمت للمحكمة تقديماً صحيحاً فى الوقت المناسب وما دام الخصوم قد مكنوا من الاطلاع عليها ومناقشتها . ذلك بأن كل هذه الأخطاء وما يشبهها لا تعتبر أخطاء فى القانون ،

---

(١) أوبرى ورو جـ ١٢ ص ٨١ و ٨٢ وفاى ص ١٦٩ ومارتى ص ١٨٣ وهوامشها ومطول بلانيول فى الالتزامات ص ٨٥ وجارسونيه ٢ ص ٣٧٥ والأحكام الكثيرة المشار إليها فى هذه المراجع

(٢) ن . م . ج ٧ نوفبر سنة ١٩٣٢ (القانون والاقتصاد سنة ٣ رقم ٧)

(٣) أوبرى ورو جـ ١٢ ص ٣٨٦ هامش ٦

(٤) (س ٨١٥ — ١ — ٢٧٧) ويشترط فى ذلك أن يكون التأويل معقولا ومحتملا

(٥) أوبرى ورو جـ ١٢ ص ٣٨٦ حكم ٩ نوفبر ١٨٩٨ (س ٩٠٠ — ١ — ٣٣٥) إلا إذا تغافل الحكم عن ذكر المستندات الناقضة لتأويله

(٦) أوبرى ورو جـ ١٢ ص ٣٨٦ و (٩ — ١ — ٣٠١) حكم ٧ مايو ١٩٠١ (س ٩٠٢ — ١ — ١٣٥)

(٧) أوبرى ورو جـ ١٢ ص ٣٨٦ و ع . ف ٢ إبريل ١٨٧٩ (س ٨٠ — ١ — ١١٦) و ع . ف ٩ مايو ١٩٠٥ (٩٠٦ — ١ — ٢٦٧)

(٨) المرجع السابق ص ٣٨٧ وهوامش نمرة ٢ و ٧ مكررة

بل تعتبر من قبيل الخطأ الذى اصطلح على تسميته بالخطأ فى فهم الواقع فى الدعوى (mal jugé)[(١)] .

٤٤ — وتطبيقات محكمة النقض المصرية للقواعد السابقة الذكر كثيرة ، فقد قضت : — ١ — بأنه إذا كان طلب تعيين الخبير فى أية مسألة هو بأمل الحصول على دليل يفيد حسن نية المتهم أو انعدام سوء القصد عنده ، فإن المحكمة غير ملزمة قانوناً بإجابة هـذا الطلب إذ هى لها السلطة التامة فى تقدير الأدلة وفى عدم قبول أدلة أخرى اكتفاء بما لديها[(٢)] — ٢ — أن محكمة الموضوع غير ملزمة بالرد على الطعون التى يوجهها الخصم إلى تقرير الخبير المعين فى الدعوى ما دام أنها قد أخذت بما جاء بهذا التقرير ، إذ أن فى أخذها بما ورد فيه دليلا كافيا على أنها لم تجد فى تلك الطعون ما يستحق التفاتها إليه ، وهى فى تقديرها ذلك لا سلطان عليها لمحكمة النقض[(٣)] — ٣ — لقاضى الموضوع السلطة التامة فى فحص مستندات الدعوى لاستنتاج ما يمكن استنتاجه عقلا من وقائعها ، وإذن فلا مراقبة لمحكمة النقض على الحكم الذى يصدره — بناء على ما يستخلصه هو من المستندات المقدمة فى الدعوى — بأن الحوالة المدعى بها غير قائمة ، وأنه لا يجوز أن يترتب عليها أثر قانونى[(٤)] — ٤ — إحالة الدعوى إلى التحقيق

(١) ويشترك الحكم الخاطئ فى فهم الواقع فى الدعوى (le mal jugé) والحكم الذى به خطأ فى واقعة من وقائع الدعوى (l'erreur de fait) فى أن كليهما غير خاضع لرقابة محكمة النقض ، ولكنهما يختلفان ، ففى أولهما يخطئ القاضى فى تفسير وتحديد معنى العقود والأوراق والمستندات المقدمة فى الدعوى أو فى تقدير شهادات الشهود وقرائن الأحوال وبالجملة فى استخلاص ما يقرر ثبوته من وقائع الدعوى وظروفها وملابساتها ؛ وفى الثانى يخطئ القاضى فى واقعة من وقائع الدعوى يتوهمها ويقرر أنها ثابتة تقريراً مجرداً عن دليله . وقد يعتبر هذا الخطأ مخالفة للقانون إذا سرى فساده إلى نتيجة الحكم (كاربنتيه فقرة ٢٩٨٣ وما بعدها)

(٢) ن . م . م ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣١ (المحاماة سنة ١٢ رقم ١١٩ ص ٢٢٥ ومج س ٣٣ رقم ١١ ص ٢١)

(٣) ن . م . م ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣١ (المحاماة سنة ١٢ رقم ١٥٨ ص ٢٩٢ ومج س ٣٢ عدد ٢٨٦ ص ٣٨٤)

(٤) ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣١ (المحاماة سنة ١٢ رقم ١٥٧ ص ٢٨٨ ومج س ٣٢ عدد ١٨٨ ص ٣٨٦)

ليست حقا لطالبها يتحتم على المحكمة إجابته إليها متى طلبها ، بل لها أن ترفض هذا الطلب إذا رأت أن إجابته غير منتجة ، وأن لديها من الاعتبارات ما يكفى للفصل فى الدعوى ، حتى مع التسليم بصحة الوقائع المطلوب إثباتها . وهذا التصرف داخل فى حدود سلطتها الموضوعية وليس فيه أى خروج على القانون [١] — ٥ — تقدير ظروف الطعن بإنكار التوقيع وجديته وعدم جديته مما يدخل فى سلطة قاضى الموضوع [٢] — ٦ — لمحكمة الموضوع السلطة التامة فى تقدير قيمة عمل مطروح تقديره أمامها بدون رجوع إلى رأى خبير أو أوراق متعلقة بعمل مماثل [٣] — ٧ — استفادة النزاع فى وضع اليد من التشكيات والمعارضات الحاصلة من مدعى الملكية هى من المسائل الموضوعية المتروكة لمطلق تقدير قاضى الموضوع ، ولا هيمنة لمحكمة النقض عليه فيما يقضى به [٤] — ٨ — محكمة الموضوع صاحبة الحق فى تقدير فحوى الدليل الجائز لها قانوناً الأخذ به ، فلها — اعتمادا على ما ورد فى حجة وقف مّا من الاشارة إلى حكر لمصلحته على أرض تابعة لوقف آخر — أن تقضى بثبوت هذا الحكر له [٥] — ٩ — لمحكمة الموضوع أن تبطل تصرف المحجور عليه ، حتى مع ثبوت حصوله قبل توقيع الحجر عليه ، متى تبينت من ظروف هذا التصرف وملابساته أن المتصرف له

---

(١) ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣١ (المحاماة س ١٢ رقم ٢٤٩ ص ٥٠٠ ومج س ٣٣ عدد ٥٧ ص ١١٦)

(٢) ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ (المحاماة س ١٢ رقم ٢٥٤ ص ٥١٦ ومج س ٣٣ عدد ٣٢ ص ٥٨)

(٣) ١٠ مارس سنة ١٩٣٢ (القانون والاقتصاد سنة ٣ رقم ٤١ ومج س ٣٣ عدد ١٨٤ ص ٣٥٨)

(٤) ٢٨ ابريل سنة ١٩٣٢ (المحاماة س ١٣ ص ٤٧ رقم ١٦ ، مج س ٣٣ عدد ١٨٨ ص ٣٦٨)

(٥) ٢ يونيه سنة ١٩٣٢ (المحاماة سنة ١٣ رقم ٢١ ص ٦٣) و ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٢ (القانون والاقتصاد س ٣ رقم ٦٣) و ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٢ (القانون والاقتصاد سنة ٣ رقم ٦٨)

كان يعلم سفه المحجور عليه والإجراءات الجارية لتوقيع الحجر عليه ، وأنه على الرغم من ذلك تواطأ معه على إيقاع هذا التصرف له ، ولا رقابة لمحكمة النقض عليها فيما تأخذ هي به من القرائن التى أقنعتها بحصول هذا التواطؤ تحيلا على القانون[1] — ١٠ — لمحكمة الموضوع أن تستخلص من المستندات المقدمة لها أن المشترى قد نفذ الالتزامات التى ترتبت عليه بمقتضى عقد البيع بما لا يدع محلا لقول البائع بانفساخ هذا العقد ، وسلطتها فى ذلك تامة لا رقابة لمحكمة النقض عليها[2] — ١١ — إذا استنبطت محكمة الموضوع تنازل أحد الخصوم عن الدفع بقوة الشيء المحكوم فيه من عبارات صدرت منه صالحة عقلا لإفادة هذا التنازل ، فلا رقابة لمحكمة النقض عليها فى ذلك[3] —١٢— إن تقدير ثمن ما تساويه العين المنزوعة ملكيتها للمنفعة العامة مسألة موضوعية ، فللمحكمة الموكول إليها أمرها أن تستهدى فيها بما تطمئن إليه من تقرير خبير الدعوى والدلائل الأخرى المعروضة عليها ، ولها وحدها النظر فيما إذا كانت فى حاجة بعد ذلك إلى الاستعانة برأى خبير آخر أو بأى إجراء من إجراءات التحقيق مثل الانتقال إلى محل النزاع أو غير ذلك[4] — ١٣ — إن محكمة الموضوع إذ تقرر ، معتمدة على بيانات شهادات التكليف وظروف الدعوى وأحوالها ، أن أصل هذا التكليف المختلف على دلالته لم يكن لاثبات الملك لمن هو باسمه ابتداء ، وإنما كان لإثباته لصاحبه ولغيره بالميراث ، فإنها إنما تفصل فى أمر واقعى لا دخل للقانون فيه[5] —

(١) ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ (القانون والاقتصاد سنة ٣ رقم ٧٦ والمحاماة س ١٣ رقم ٣٤٠ ص ٦٩٠)

(٢) ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ (القانون والاقتصاد سنة ٣ رقم ٧٧ ، المحاماة س ١٣ رقم ٣٤١ ص ٦٩٢)

(٣) ٥ يناير سنة ١٩٣٣ (القانون والاقتصاد سنة ٣ رقم ٨٧ ، المحاماة س ١٣ رقم ٤١٦ ص ٨٤٤)

(٤) ١٦ مارس سنة ١٩٣٣ (القانون والاقتصاد سنة ٣ رقم ١٠٧ والمحاماة س ١٣ رقم ٤٩٤ ص ١٠٠٢) .

(٥) ٢٣ مارس سنة ١٩٣٢ (القانون والاقتصاد سنة ٣ رقم ١١١ والمحاماة س١٣ رقم ٥٤٥ ص ١٠٩٦) .

١٤ — إن دلالة وجود أختام لمتوفين بورقة على ثبوت تاريخ هـذه الورقة هى — من جهة ثبوت كون هذه الأختام قد جبرت بعد وفاة أصحابها أم هى لم تجبر فعلا ، ثم استعملت بعـد الوفاة فى التوقيع على الورقة — مسألة موضوعية تقدرها محكمة الموضوع بحسب ما تراه من ظروف الدعوى وملابساتها (١) —

١٥ — الفصل فى كون الشىء مثليا أو قيميا يرجع إلى طبيعة هذا الشىء ونية ذوى الشأن فيه والظروف الملابسة ، فعلى أى وجه اعتبره قاضى الموضوع و بنى اعتباره على أسـباب منتجة لوجهة رأيه لا رقابة لمحكمة النقض عليه (٢) —

١٦ — إذا حصّلت محكمة الاستئناف من المستندات التى عول عليهـا الدائن فى إثبات دينه المطالب به أن واقعة الدعوى هى أن والد القصر هو المدين شخصيا وأن لا وجه لمساءلة القصر عن هذا الدين ، فلا رقابة فى ذلك لمحكمة النقض لأن الأمر فيه واقعى بحت (٣) — ١٧ — إذا طلب أحد المستحقين من ناظر وقف تقديم حساب عنه فى مدة معينة فلا مانع يمنع الناظر من أن يعتمد على تقرير خبير سبق تعيينه فى دعوى مستحق آخر مبين فيه إيراد هذا الوقف عينه ومصرفه فى نفس المدة المرفوعة عنها دعوى الحساب وأن يقول إنه هو الحساب المطلوب منه ، وكل ما فى الأمر أن هـذا التقرير لا يمكن أن يكون بذاته حجة على الخصوم . فإذا كانت المحكمة لم تتخذ هذا التقرير بذاته حجة عليهم ، بل كل الذى فعلته هو أنها راجعته ونظرت فيما إذا كانت أقلام الإيراد والمنصرف هى أقلاماً حقيقية يمكن التعويل عليها أم لا ، ثم قررت بعد هذه المراجعة أن التقرير مبنى على أساس صحيح ، فذلك لا يعيب حكمها ، لأنها لا تكون قد قضت اعتماداً على هذا التقرير

(١) ٢٧ ابريل سـنة ١٩٣٣ (القانون والاقتصاد سنة ٣ رقم ١١٦ والمحاماة س ١٣ عدد ٦١٤ ص ١٢٠٣) .

(٢) ٢٣ نوفبر سـنة ١٩٣٣ (القانون والاقتصاد سنة ٤ رقم ٧ والمحاماة س ١٤ ق ١ عدد ٧٣ ص ١١٧)

(٣) ١٧ مايو سنة ١٩٣٤ (المحاماة س١٥ ق ١ عدد ٣ ص ٤ ومج س ٣٥ عدد ١٥٧ ص ٣٩٥) .

وحده ، وإنما اعتبرت أنه هو الحساب المطلوب ثم نظرت فى صحة ما فيه وقدرته تقديراً تملكه هى لكونه من أمور الموضوع[١] — ١٨ — إذا قدم أحد الخصمين ورقة لإثبات أن الخصم الآخر هو الذى كان واضعاً يده على الأطيان فى سنة كذا فوجدت المحكمة أن هذه الورقة غامضة العبارة فأجرت تحقيقاً لإزالة هذا الغموض ومعرفة حقيقة السنة المتنازع فى وضع اليد فيها على الأطيان ، فإن هذا التحقيق من شأن المحكمة ما دام يستلزمه التفسير الذى هو من شأنها . وإذا قررت المحكمة بعد هذا التحقيق والتفسير أن الخصم الفلانى هو الذى كان واضعاً يده على تلك الأطيان فى السنة المتنازع على وضع اليد عليها فيها فان هذا التقرير أمر موضوعى لا رقابة لمحكمة النقض عليه[٢] .

(٣) فائدة تسبيب الأحكام فى الرقابة على تطبيق هذه القواعد

٤٥ — ولا شك فى أنك بعد إطالة النظر فيما أوردناه (متناً وشرحاً) جد عارف بأن قاضى الموضوع إذا كانت له السلطة التامة فى تحصيل فهم الواقع فى الدعوى من عيون الأوراق والمستندات والتحقيقات ، فإن لمحكمة النقض رقابة هذا الفهم من قبل ما وجب على القاضى فيه من الأخذ بقواعد الاثبات القانونية والسير فى تحقيق الأدلة على الوجه المبين بالقانون . ولما كان لا سبيل إلى هذه الرقابة إلا من جهة أسباب الأحكام المطعون فيها كان حتما مقضيا على قاضى الدعوى أن يسبب حكمه على الوجه الذى يقنع محكمة النقض أنه قد حصل منه فهمه غير مخطئ لا فى نوع الدليل الذى قبله أو رفضه ، ولا فى حجيته القانونية ، ولا فى طريق تحقيقه . وكل حكم لا يبين فيه القاضى كيف حصل فهم الواقع من

(١) ١٨ أكتوبر سنة ١٩٣٤ (المحاماة س ١٥ ق ١ عدد ٧٤ ص ١٤٩ ومج س ٣٥ عدد ٢٣٣ ص ٥٨٤)

(٢) ٢٣ مايو سنة ١٩٣٥ (القانون والاقتصاد سنة ٥ رقم ٦٥ والمحاماة س ١٦ عدد ١١ ص ٢٨) .

الدعوى ولا ما كان دليله فى تحصيله ، ولا ما الذى اتبعه فى كيفية الاستدلال بهذا الدليل ، فإنه يكون حكما خاليا من الأسباب أو لا أساس له من القانون (défaut de base légale) [١] كما يقول بعض الفقهاء وتقول محكمة النقض الفرنسية . ومن ذلك ما قضت به محكمة النقض الفرنسية من أنه لا يصح لمحكمة الموضوع أن تعتمد على أنها انتقلت صوب العين المتنازع فيها بغير أن تبين — أو يتضح من أوراق الإجراءات — أنها انتقلت تنفيذاً لحكم أصدرته بالانتقال وأن الخصوم قد كلفوا بالحضور فى اليوم والساعة المعينين لهذا الانتقال [٢] .

ولمحكمتنا فى بطلان الحكم لاستدلاله بدليل غير قائم فى الواقع ، حكم أصدرته بتاريخ ٢١ مارس سنة ١٩٣٥ فى طعن كان محصله أن المبلغ المحكوم به قد أخذت فيه المحكمة بتقرير خبير كانت عينته المحكمة الابتدائية وكلفته بتصفية الحساب بين الطرفين بعد معاينة الأطيان وتقدير ريعها ، وأن الخبير ذكر فى تقريره أنه عاين الأطيان ، ولكن الواقع الثابت من محاضر أعماله أن هذه المعاينة لم تحصل حسب أمر المحكمة ، فقبلت محكمة النقض هذا الطعن ، وقالت فى أسباب حكمها إنه قد وضح لها أن الخبير لم يبن تقسيمه الأطيان إلى أجزاء مختلفة وتقديره لأجرة كل منها على معاينته الشخصية ، بل إنه ادعى وجود هذه المعاينة وهى دعوى مخالفة للواقع ، فالدليل المستفاد من المعاينة ، والذى أخذت به محكمة الموضوع ،

---

(١) مارتى ص ١٠٦ ص ١٨٥ .

(٢) بودرى جـ ٢ تعهدات ص ٤١٨ فقرة ٢٠٥٦ وهامش ٢ و ٣

وقد تساءل تيسيه عما إذا كان يجب على قاضى الدعوى — فى القضايا التى يعتمد فيها على ما استخلصه من غير ما باشره هو نفسه من تحقيق — أن يبين أن الخصوم قد مكنوا أو تناقشوا فى مصادر ذلك أمامه ، أو حسبه أن يشير إلى ذلك بغير تفصيل ، فأجاب بأن القضاء جرى على الرأى الثانى أحياناً ، وأن الرأى الأول هو الأصح عندهما فاذا قال القاضى إنه ثبت له من الدلائل المقدمة تقديماً صحيحاً كيت وكيت حمل حكمه على الصحة ، والمسألة مع ذلك مختلف عليها . (تيسيه جـ ٢ ص ٦٦١ وهامش ٣ و ٤ و ٥) .

هو دليل غير قائم فى الواقع ، ومتى استبعد هذا الدليل وهو الأساس الجوهرى فى الحكم أصبح خالياً من الأسباب الموضوعية والقانونية متعيناً نقضه[1] .

(٤) فهم الواقع من أوراق المرافعات وغيرها من الدلائل الكتابية ورقابة محكمة النقض

٤٦ — وإذا كان يتعين على محكمة النقض عند البحث فى أسباب الطعن أن تتناول من قاضى الدعوى بالتسليم ، ما عسى أن يكون قد قرر ثبوته فى الحكم من حاصل فهم الواقع فى الدعوى بما له من السلطة التامة فى تحصيله ، فان هناك من الصور ما تكون فيه محكمة النقض مضطرة إلى الانصراف عن الحكم المطعون فيه والرجوع إلى أوراق الإجراءات والمرافعات ومختلف الدلائل الكتابية[2] لتتأكد بنفسها من قيام الوقائع الإجرائية أو المكتوبة المتنازع فيها أو من عدم قيامها ، ثم لتحكم بعد ذلك بقبول الطعن أو برفضه .

من ذلك ما إذا كان الحكم قد بنى على إجراءات وقعت باطلة لمخالفتها قواعد القانون الواجبة مراعاتها فى سير الدعوى erreur *in procédendo* . ففى هذه الصورة لا تستطيع محكمة النقض بداهة أن تتحقق من صحة خطوات قاضى الموضوع فى نشاطه فى سير الدعوى بالاطلاع على الحكم المطعون فيه ، إذ المفروض أن الخطأ وقع فيه سهواً من القاضى وأنه لذلك لم يعن باظهار عمله فى تلك الخطوة التى قطعها ونص على الخطأ فيها ، فمن المتعين أن ترجع محكمة النقض إلى أوراق الإجراءات لتعلم منها مبلغ المخالفة المدعى وقوعها[3] .

---

(١) ٢١ مارس سنة ١٩٣٥ (القانون والاقتصاد سنة ٥ رقم ٣٦ ص ١٣٣ والمحاماة س ١٥ ق ١ عدد ١٧٣ ص ٣٣١) .

(٢) وسنشرح فى فصل خاص سلطة قاضى الموضوع فى تفسير المحررات والعقود ومدى رقابة محكمة النقض عليه فى ذلك .

(٣) مارتى ص ٩٠ وص ١٨٥ وهامش ٢ وفاى فقرة ٦٣ وص ٩٠ .

ومنه ما إذ كان خطأ القاضى فى فهم الواقع فى الدعوى مترتباً على مخالفته لقاعدة قانونية تتعلق بحجية الأوراق والمستندات ومحاضر التحقيق وأعمال أهل الخبرة والانذارات والشهادات الرسمية وغير ذلك من الأوراق المقدمة له ، من حيث وجوب الأخذ بالدليل على حقيقته وعدم مسخه بالخروج عن طبيعته وجوهره .

وفى الحق أنه ما دام القانون هو الذى بين ما يجب أن تشتمل عليه أوراق المرافعات وغيرها من الأوراق والمستندات وسائر الأدلة الكتابية من البيانات لكى تستكمل شكلها وحجيتها القانونية ، وما دام لامحيد للقاضى عن الرجوع إليها فيما احتوته لتحصيل فهم الواقع فى الدعوى منها فانه يكون على محكمة النقض لحسم النزاع على حقيقة ما تحتويه هذه الأرواق أن تراجعها هى بنفسها[(١)] . ولا يقال إن النزاع يكون عندئذ على واقعة من وقائع الدعوى التى يكون قاضى الموضوع قد انتهى من التثبت منها على الوجه الثابت بالحكم ، أو على تفسير دليلها الكتابى المقدم فى الدعوى . لا يقال ذلك لأن هذا النزاع و إن كان يظهر بادئ الرأى أنه واقعى أو متعلق بتقدير الأدلة المحصلة لفهم الواقع فى الدعوى ، إلا أنه فى الحقيقة قائم على مسألة قانونية هى : هل أخذ قاضى الموضوع بالورقة فى إثبات ما اشتملت هى عليه من عناصرها وأركانها المتنازع فى احتوائها عليها أم لا ، و إذا كان لم يأخذ بها فهل كان له فى ذلك سند آخر أقوى حجية منها ، و إذا كان قد أخذ بها فهل أخذ بها كلها أم مسخها عن طبيعتها وجوهرها[(٢)] ؟

(١) مارتى فقرة ١٥٥ ص ٣٢٧ وفاى فقرة ١٧٩ ص ١٩٦ و ١٩٧ ، وتيسيه جـ ٣ ص ٤٩٩ و ص ٥٠٠ إذ يقول إنه مما لا نزاع فيه أن لمحكمة النقض الحق فى مراجعة أوراق الاجراءات والمرافعات من الأحكام والمذكرات ومحاضر الجلسات ومحاضر الخبراء ، لأن هذه المراجعة ضرورية لها للتثبت مما إذا كان قاضى الموضوع قد جرى فى تحقيق الدعوى على الوجه الصحيح المبين قانوناً أم خالف القانون — إلى أن قال : ولمحكمة النقض أن تصحح الأغلاط الواقعية على مقتضى أوراق الدعوى (تيسيه ص ٥٠٠ وهوامشها) .

(٢) كاربنتيه فقرة ٢٩٨٠ — ٢٩٨٢ وبخاصة فقرة ٣٠٣٠ ومارتى ص ٢٩٧ و ص ٣٢٢ وهوامشهما ، واقرأ فى تقرير القاعدة حكم ن . ف ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٦٤ (س ٦٥ — ١ — ٩) الذى جاء فيه أن قاضى الموضوع لا يعتبر أنه قد أخطأ فى فهم =

٤٧ — ولقد عقد المستشار (فاى) فى كتابه فصلا بعنوان « الصور المستثناة من سلطة قاضى الموضوع Exceptions au pouvoir souverain »[(١)] استهله

= الواقع فى الدعوى (mal jugé) حسب إذا كانت تقريراته المتعلقة بهذا الواقع تخالف الثابت منها بشهادة ما كان تحت نظره من المستندات حين إصداره الحكم المطعون فيه ، بل يعتبر أنه قد أخطأ خطأ قانونيا مؤثراً فى الحكم يعيبه ويستوجب نقضه ، وراجع فقرة ٣٠٣١ ومابعدها من كاربنتييه الخاصة بمسخ المستندات الرسمية (أحكام — تنبيه نزع الملكية — ورقة استئناف) ثم فقرة ٣٠٣٧ الخاصة بالمحررات العرفية ، وفقرة ٣٠٣٩ فى حق محكمة النقض فى رقابة مسخ المحررات العرفية غير القضائية حين تأخذ محكمة الموضوع بها محرفة ممسوخة ، وراجع ع . ف ١٨٥٦ (د ٥٦ — ١ — ٤٦٣) وراجع فقرة ١٠٣ من كتابنا ، ثم حكم محكمتنا فى ٢ مارس سنة ١٩٣٣ (القانون والاقتصاد سنة ٣ رقم ١٠٣) وفيه أن من حق محكمة النقض أن تراقب ما إذا كانت محكمة الموضوع قد أغفلت الأخذ بالنصوص الواردة بالمستندات المقدمة لها وكان لها تأثير فى مصير الدعوى . فاذا ادعى بائع قطعة أرض لزوجته بعقد مسجل بثمن معين أقر بقبضه ، أن هذا البيع هو فى الحقيقة وصية واستدل على ذلك باقرار قدمه صادر له من المشترية تبيح له الانتفاع بالعين المبيعة مدة حياته ، وتصرح فيه بأنه فى حالة وفاتها قبله تعود ملكية القدر المبيع إليه ، وتمسكت هى فى دفع هذه الدعوى بورقة صادرة من البائع بعد تاريخ الاقرار الصادر منها بمدة طويلة ، يتنازل لها فيها عن ريع الأطيان المبيعة ، واعتبرت المحكمة هذا التنازل ملغيا للقيد المتعلق بالملكية الوارد فى إقرار المشترية ومتمما لعقد البيع بجميع أركانه زعماً بأنها بعد هذا التنازل تكون قد نقلت ملكية الرقبة والمنفعة إلى المشترية ، فهذا الاعتبار لا يمكن حسبانه تفسيراً لعقد البيع ولا لاقرار المشترية أو تنازل البائع ، وإنما هو وصف وتكييف للعقد أغفلت المحكمة فيه عنصراً هاماً هو ما نص عليه فى إقرار المشترية من عودة الملكية إلى البائع إذا ما توفيت هى قبله . ويكون لمحكمة النقض تصحيح تكييف هذا العقد على موجب قيام هذا العنصر الذى لا خلاف على ثبوته ولا على دلالته فتعتبره وصية لا بيعاً صحيحاً (المحاماة س ١٣ عدد ٤٩٠ ص ٩٩٢ ومج س٣٤ عدد ١١٤ ص ٢٣٨) .

(١) فاى من فقرة ١٧٤ لغاية فقرة ١٨٦ ، وقد حكمت محكمة النقض المصرية بجواز الطعن فى الحكم بمسخ الشهادات المدونة بمحضر التحقيق والوقائع المسلم بها فى الأوراق وبإثباتها مناقضة لمصادرها واستخلاص ما لا يمكن عقلا استخلاصه منها . ولأهمية هذا الحكم نورده هنا تقريراً لقاعدته الهامة . قال : وحيث إن الذى جاء بالحكم المطعون فيه هو « وحيث إنه ثابت من محضر ضبط الواقعة المضموم أن سير الآلة البخارية المسماة بالبريمة انفلت من موضعه فأصاب رقبة مورث المستأنفين فقطعها ، ولا ينفلت السير بهذه الحركة العنيفة الفجائية إلا إذا كانت الآلة مختلة ، ولذلك يكون المستأنف عليه (الطاعن) قصر فى صيانة آلات مصنعه من الخلل فنشأ الحادث ووجب عليه التعويض للورثة . وحيث إن الزعم بأن الحادث وقع بسبب محاولة مورث المستأنفين إصلاح السير وإعادته إلى مكانه دون أن يلجأ إلى توقيف الآلات كما كان يجب ، فهذا الزعم لا دليل عليه . أما قول (فلان) ومن عداه من العمال فى محضر ضبط الواقعة المضمومة فلا تأخذ بها هذه المحكمة لأنها استنتاجية ، إذ الثابت من أقوالهم أنهم لم يعرفوا =

بذكر ما استقر عليه الاجماع من الاعتراف لهذا القاضى بالسلطة التامة فى التثبت من وقائع الدعوى و بأنه فى تحصيل فهمه الواقعى منها غير خاضع لرقابة محكمة النقض، ثم أردف ذلك بذكر الصور التى جرت محكمة النقض والابرام الفرنسية على مد رقابتها إليها بطريق الاستثناء فقال إن هذه المحكمة قد جرت على التثبت بنفسها من الوقائع الإجرائية (les faits procéduraux) بالاطلاع على أوراق الإجراءات (les actes de procédure) التى يكون الحكم المطعون فيه قد أشار إليها فى الجزء المخصص منه لتدوين وقائع الدعوى، وذلك عند الادعاء بأن ما جاء بالحكم المطعون فيه يخالف ما احتوته تلك الأوراق. كما جرت على مراجعة المحررات

= الحادث إلا بعد وقوعه فعلاً وسقوط مورث المستأنفين قتيلاً . فلا دليل إذن على وقوع خطأ من جانب هذا المورث ، ولذلك يتعين إلغاء الحكم المستأنف » . وحيث إن قول الحكم المطعون فيه إن الفعل الضار فى هذه الحادثة هو انفلات سير البريمة من موضعه بحركة عنيفة فجائية وأن هذا الانفلات العنيف الفجائى لا يكون إلا إذا كانت الآلة مختلة وكان السبب فى اختلالها تقصير صاحبها فى صيانتها هو قول لا مصدر له فى محضر ضبط الواقعة ، إذ لم يرد به فى أى موضع منه أن السير انفلت أصلا بعنف أو بغير عنف وأن علة انفلاته هى الخلل ، بل الذى جاء به لا يمكن أن يستخلص العقل منـه ما استخلصه الحكم المطعون فيه . فقد جاء فيـه على لسان فلان : « إن المتوفى كان طلع على السلم ليسند السير لكيلا يقع والسير كان راكب ولا زال راكب » وجاء على لسان المحقق أنه شاهد أثناء المعاينة أنه يوجد سلم مرمى بجوار الجثـة ، وأن السير مركب فى مكانه بدون اعوجاج ، كما جاء به أن المحقق علـم أن المتوفى كان يصلح سير الغربال فصدمه السير فى رقبته ، وأنه لاحظ قطعة من جاكتته معلقة فى سير الغربال ، فأقصى ما يصح استنتاجه عقلا من هذه العناصر هو أن سير الغربال لم يكن فى موضعه الطبيعى وأن المتوفى حاول رده إلى موضعه فصـعد السلم بغير أن يوقف الآلات فأصيب ؟ وقد جاء تعلق جاكتته بسير الغربال وبقاء السير فى موضعه ووجود السلم بجوار الجثة ، كل ذلك جاء دالا على أن لا انفلات لسير البريمة ولا محل للظن بأن هناك انفلاتاً ولا أن علة هذا الانفلات هى الخلل فى الآلات .

وحيث إنه إذا كان لقاضى الموضوع السلطة التامة فى فهم الواقع فى الدعوى من دلائلها المقدمة له تقديماً صحيحاً ، وأن لا رقابة عليه فى ذلك لمحكمة النقض ، إلا أنه متى أثبت لهذا الفهم دليلا وهميا لا وجود له ، أو كان موجوداً ولـكنه مناقض لما أثبته ، أو غير مناقض ولـكن يستحيل عقلا استخلاص هذا الفهم منـه ، فان حكمه يقع إذن تحت رقابة محكمة النقض لمخالفته لقواعد الإثبات القانونية . وحيث إن الحكم المطعون فيـه قد انتحل للحادث الضار سبباً تقصيريا لا يمكن استخلاصه عقلا من عناصر التحقيق التى كانت أمام محكمة الاستئناف ، ولذلك يتعين نقضه . (ن . م . م ٧ مارس سنة ١٩٣٥ ، القانون والاقتصاد سنة ٥ رقم ٣٥ والمحاماة س ١٥ ق ١ عدد ١٧٢ ص ٣٣٠ ومج س ٣٦ عدد ١١١ ص ٢٦٢) .

الرسمية وأوراق التراضى الذى يتم بين طرفى الخصوم أمام القاضى (contrats judiciaires) إذا قام النزاع على حقيقة ما اشتملت عليه ، وعلى مراجعة الأحكام إذا قام النزاع على توافر شروط حجيتها [١] .

و إذا كان (فاى) قد اعتبر هذه الصور من قبيل الاستثناءات الواردة على أصل القاعدة التى اعترف فيها لقاضى الدعوى بالسلطة الكاملة فى تحصيل فهم الواقع فى الدعوى ، فإننا نرى أن الاستثناء فيها ظاهرى فقط ، وأن الحق أن النزاع فيها هو على مسألة قانونية تتعلق بقواعد الإثبات بالكتابة وحجية المحررات الرسمية . وقد أشار إلى هذا ر برتوار دالوز فى مستهل فصله الذى عقده لهذه الصور وغيرها فقال : إذا عنى القانون ببيان الأركان والشروط اللازمة لوجود أى عقد أو أى التزام أو أى تصرف قانونى ، فحسب العقد أو سند الالتزام أو التصرف أن يكون مشتملا على جميع عناصره ومميزاته ليعتبر النزاع القائم حوله بين الطرفين نزاعاً فى مسألة قانونية يصح أن يخطئ القاضى فى فهمها وفى تحصيل فهم الواقع على مقتضاها ، و إذا أخطأ فمحكمة النقض تصبح مختصة باصلاح خطئه . [٢] ومما قضت به محكمة النقض الفرنسية أن لها أن تراجع بنفسها محضر التحقيق للتحقق من صحة إجرائه [٣] ، ومحضر الجلسة للتأكد مما إذا كانت العبارات الواردة به تتضمن اعترافاً قانونيا أم لا تتضمن [٤] وللتثبت مما إذا كان حق الدفاع قد أخل به ، وصحيفة الدعوى ومذكرات طرفى الخصومة لتحديد طبيعة النزاع أو لتحقيق الصفة التى اتصف بها الخصمان [٥] أو لمعرفة ما إذا كان الخصم قد اعترف أم لم يعترف

(١) وعد من ذلك أوراق ربط الأموال وعوائد الكمارك والعقود الخاضعة للقيد (فاى فقرة ١٨٣ و ١٨٣ مكررة) والخاضعة للتسجيل لمصلحة الغير (فقرة ١٨٥) .

(٢) ربرتوار دالوز فقرة ١٥٨٣ وما بعدها .

(٣) ع . ف ١٥ يونيه ١٨٦٨ (د ٦٨ — ١ — ٤٣٣) .

(٤) ن . ف ٢٣ مارس سنة ١٨٧٠ (د ٧٠ — ١ — ٤١) .

(٥) ن . ف ٣ فبراير سنة ١٩١٥ (د ٩١٩ — ١ — ٣٧) و ن . ف ٢٩ يونيه سنة ١٩٢٥ (س ٩٢٥ — ١ — ١٣٤) .

بمسؤوليته فى دعوى التعويض المرفوعة عليه[١] أو للتثبت من أن ما قيل فى الحكم المطعون فيه ، من أن الخصم قد امتنع عن الإجابة عند استجوابه ، صحيح أم غير صحيح[٢-٣] .

وقد جرت الدائرة الجنائيـة لمحكمتنا المصرية — مع اعترافها بسلطة قاضى الموضوع فى استخلاص وقائع التهمـة من جميع عناصر التحقيق وفى تقدير الأدلة القائمة على ثبوتها — على مراجعة أوراق الإجراءات والمرافعات (محاضر جلسات المحاكم الابتدائية والاستئنافية فى مواد الجنح ومحاضر جلسات محاكم الجنايات وما إليها من المعاينات والكشوف الطبية وغيرها) كلما ادعى أن الحكم المطعون فيه قد خالف الثابت بتلك الأوراق وأنه قد ترتب على هـذه المخالفة خطأ فى تطبيق القانون يقتضى نقض الحكم . جرت على ذلك لتتحقق هى بنفسها مما إذا كانت محكمة الموضوع قد اعتمدت فى ثبوت التهمة على أصل صحيح موجود أم لا ، فإن تبين لهـا أن محكمة الموضوع قد اعتمدت على دليل غير قائم وأن لا دليل لها غيره يستقيم به الحكم حكمت بقبول الطعن[٤] .

(١) ن . ف ١٦ يوليه سـنة ١٩١٢ (س ٩١٦ — ١ — ٦٢ و د ٩١٣ — ١ — ٢٨٣)

(٢) ن . ف ١١ فبراير ١٩١٨ (س ٩١٨ — ١ — ١٦٧)

(٣) ويقول مارتى : إن رقابة محكمة النقض الفرنسية فى هذه الصور هى من طراز آخر غير طراز رقابتها المعروفة بالرقابة على مسخ معانى العقود والأوراق (التى سيأتى الكلام عليها) لأن محكمة النقض فى هذه الصور (رقابة الوقائع الإجرائية) تنظر بنفسها الورقة وتبحث فيها وفيما اشتملت عليه ، ثم قد تكيفها أحياناً وتعطيها آثارها وأحكامها القانونية ، وكأنها فى ذلك درجة من درجات القضاء (مارتى آخر ص ٣٢٨) . ولا محل لهذه الملاحظة فى مصر لأن الرقابة التى تمدها محكمة النقض المصرية على الخطأ فى تطبيق القانون تخول لها الحكم نهائياً بغير إحالة فى المسألة القانونية المختلف عليها ، ولأن القانون يخول لها أيضاً ، متى رأت نقض الحكم والدعوى صالحة ، أن تحسم النزاع برمته فى الدعوى ، فهى بذلك لها بمقتضى حقها هذا أن تتحقق الواقعة الإجرائية المختلف عليها من عيون أوراقها ، ثم تكيفها ثم تنزل حكم القانون عليها مكيفة ؛ وبذا لا يكون فى رقابتها هذه ذلك الشذوذ الذى لاحظه مارتى .

(٤) ن . م . ج حكم ٢ مايو سنة ١٩٢٩ وحكم ٢ يناير سنة ٩٣٠ وحكم ٦ فبراير سنة ٩٣٠ (مجموعة القواعد القانونية جـ ١ رقم ٢٤٤ ورقم ٣٦٧ ، ٣٩٢) .

وكذلك جرت الدائرة المدنيـة على مراجعة أوراق الإجراءات والمذكرات ومحاضر الجلسات وجميع المستندات التى تقدم إليها (متى لم تكن جديدة) لتقف منها على صحة ما اشتملت عليه من الوقائع الإجرائية تمكيناً لها من الرقابة على تطبيق القانون وتأويله[1] .

الفرع الثـانى

فى نشاط قاضى الدعوى فى فهم حكم القانون وإنزاله على مفهوم الواقع فى الدعوى وفى نظرية التكييف

(١) معنى التكييف والتطبيق

٤٨ — قد فصلنا فى الفرع السابق مبلغ ما لقاضى الدعوى من الحرية والسلطان فى استنباط حقيقة ما وقع من الأدلة والأمارات والعلامات ، وقلنا إنه مع حريته التامة فى تحصيل فهم هذا الواقع ، مقيد باتباع قواعد الإثبات وطرق التحقيق وأنه ينبغى له أن يفصل هـذا الفهم فى حكمه بإيراد وقائع الادعاء والدفع وذكر ما قدمه كل خصم من الأدلة على صحة مزاعمه وما قبل من هذه الأدلة وكيف

---

(١) حكم ٣٠ يونيه سنة ١٩٣٢ الذى رجعت فيه محكمة النقض إلى محاضر الجلسات وبعض أوراق الإجراءات للتحقق مما إذا كانت وفاة أحد الخصمين قد وقعت بعد تقديم الطلبات الختامية أولا (القانون والاقتصاد سنة ٣ رقم ٥٩ والمحاماة س ١٣ رقم ٢٧٨ ص ٢٧٥) وحكم ٢٣ يونيه سـنة ١٩٣٢ الذى رجعت فيه إلى تقرير خبـير الدعوى ورسمه المرفق به للتأكد مما جاء به من أن قطعة النزاع مخصصة للمنافع العموميـة على خلاف ما أثبته الحكم المطعون فيه نقلا عنهما (القانون والاقتصاد سنة ٣ رقم ٥٧ والمحاماة س ١٣ رقم ١٢٣ ص ٢٧٧) وحكم ١٦ يونيه سنة ١٩٣٢ الذى رجعت فيه إلى محضر جلسة المرافعة لمعرفة ما إذا كان سبب الطعن جديداً أو سبق عرضه على محكمة الموضوع وإن لم يشر حكمها إليه (القانون والاقتصاد سـنة ٣ رقم ٥٦ والمحاماة س ١٣ رقم ١٢٢ ص ٢٧٤) وحكم ٢٦ مايو سنة ١٩٣٢ الذى رجعت فيه إلى أحكام كانت مقدمة لمحـكمة الاستئناف وإلى محاضر أعمال آل الخبرة المدونة ملخصاتها فى المذكرات التى كانت مقدمة كذلك لمحـكمة =

جرى فى تحقيق الدليل الذى قبله وما الذى قطع أخيراً بصحته وثبوته من وقائع الدعوى . وتقول الآن : إن القاضى متى أتم تحصيل فهم الواقع فى الدعوى فإنه يبحث عما يجب تطبيقه أى تنزيله من أحكام القانون على هذا الواقع . ولما كانت أحكام القانون مطلقات وعمومات تتناول أنواعا وأعدادا من الحوادث لاتنحصر ، وكانت هذه الحوادث لا تقوم إلاّ معينة مشخصة ، ولكل معين منها خصوصية ليست فى غيره ، وليس ما به التعيين والامتياز معتبراً فى الحكم بإطلاق ، ولا هو طردى بإطلاق ، فلا سبيل لتنزيل تلك الأحكام على هذه الحوادث إلاّ بعد معرفة بأن ذلك المعين يشمله ذلك المطلق أو ذلك العام ، وقد يكون هذا سهلاً وقد يكون صعباً ، وكله على كل حال نظر واجتهاد .

هـذا الاجتهاد قد سماه علماء القانون « تكييف الواقع فى الدعوى » (la qualification des faits constatés) ويريدون به توخى معانى القانون فى حاصل فهم الواقع فى الدعوى ، أى رد هذا الواقع إلى حكم القانون أو وضعه تحت عموم القاعدة القانونية المنطبقة هى عليه[1] . فتكييف القاضى حادثاً أو أمراً

= الاستئناف فتحققت منها جميعاً صحة ما ادعاه الطاعن من بطلان الإجراءات لعدم حصول دعوة الخبراء لمن كان يجب دعوته من نظار الوقف قبل مباشرة العمل (القانون والاقتصاد س ٣ رقم ٤٩ والمحاماة س ١٣ ص ٥٩ رقم ٢٠) وحكم ٢١ مارس سنة ١٩٣٥ الذى أوضحت المحكمة فيه أنها راجعت محاضر الجلسات والمذكرات وتبينت منها أن الطاعن قد اعترض على تغيير سبب الدعوى أمام محكمة الاستئناف على خلاف ما أثبته الحكم المطعون فيه (القانون والاقتصاد سنة ٥ رقم ٣٧ والمحاماة س ١٥ ق ١ ع ١٧٤ ص ٣٣٤) وحكم ٢١ مارس سنة ١٩٣٥ وقد راجعت فيه المحكمة محضر أعمال الخبير وتبينت منه أنه لم يعاين الأرض التى ندب لمعاينتها وتقدير أجرتها . (المحاماة س ١٥ ق ١ ص ٣٣١ والقانون والاقتصاد س ٥ رقم ٣٦) .

(١) وقد سماه الشاطبى تحقيق المناط (الموافقات جزء ٤ ص ٤٧) ومن أمثلته التى ذكرها قوله : ومن القواعد القضائية البينة على المدعى واليمين على من أنكر ، فالقاضى لا يمكنه الحكم فى واقعة بل لا يمكنه توجيه الحجاج ولا طلب الخصوم بما عليهم إلا بعد فهم المدعى من المدعى عليه وهو أصل القضاء ، ولا يتعين ذلك إلا بنظر واجتهاد ورد الدعاوى إلى الأدلة ، وهو تحقيق المناط بعينه — وهناك ضربان آخران من الاجتهاد هما تنقيح المناط وتخريج المناط ، فتنقيح المناط أن يكون الوصف المعتبر فى الحكم مذكوراً مع غيره فى النص فينقح بالاجتهاد =

أو عقداً أو تصرفاً هو تسميته إياه باسم قانونى يحصل به ما لمسمى هذا الاسم من آثار وأحكام قانونية . فتكييف ما يقع من أخذ مال الغير بغير حق هو تسميته بأنه سرقة أو تبديد أو خيانة أمانة أو نصب ، ليطبق على الآخذ مادة العقوبة التى يستحقها على فعلته مسماة بالاسم الذى تستأهله من أسماء هذه الجرائم . وتكييف الاستصناع بأنه إجارة ابتداء وبيع انتهاء إنما هو لتجرى عليه أحكام هذين العقدين ابتداء أو انتهاء كذلك . وبهذا المعنى قيل : إن الفقهاء مختلفون فى تكييف الوقف ، فمنهم من جعله نوعا من الصدقة فألحقه بها واقتبس له من أحكامها ، ومنهم من قاسه على العتق فاستعار له ما يليق به من أحكام العتق ، ومنهم من جعله كالعارية فى عدم اللزوم وجواز الرجوع فيه ، ومنهم من جعله باطلا بناء على ما استقر فى نفسه من تكييفه وما ثبت عنده من أدلة الشرع[1] -[1] مكرر .

= حتى يميز ما هو معتبر وما هو ملغى ويمثل له بحديث الأعرابى الذى قال : « واقعت أهلى فى رمضان » ، فقال له صلى الله عليه وسلم : « اعتق رقبة » فان أبا حنيفة ومالكا حذفا خصوص المواقعة وأناطا الكفارة بمطلق الإفطار كما حذف الشافعى غيرها من أوصاف المحل ككون الواطئ أعرابيا وكون الموطوءة زوجته وكون الوطء فى . . . . وأناط الكفارة بالمواقعة ، أما تخريج المناط فهو إبداء ما نيط به الحكم ، أى استنباطه وتعيينه بإبداء مناسبة بينه وبين الحكم مع الاقتران بينهما والسلامة من القوادح كاستنباط الاسكار فى حديث مسلم « كل مسكر حرام » بالنظر فى الأصل وحكمة وضعه فان مجرد النظر يعلم منه أن الإسكار لإزالة العقل المطلوب حفظه مناسب للحرمة ، وقد اقترن بها وسلم من القوادح (الشاطبى هامش ٢ ص ٥٠ و ص ٥٩)

(١) التزام التبرعات للشيخ أحمد أحمد إبراهيم بك ص ٦٧٤ مجلة القانون والاقتصاد .

(١ مكرر) ولنظرية التكييف أهمية عظمى — فى فقه القانون الدولى الخاص — لمعرفة القانون الذى يأخذ به القاضى ليحدد بمقتضاه طبيعة المسألة المعروضة عليه ليتمكن من معرفة القاعدة الدولية التى تنطبق عليها ، ومن ثم القانون الذى يفصل فى موضوعها . مثال ذلك : زواج تم فى إنجلترا بين فرنسى وانكليزية ، كان على الزوج أن يأخذ إذن والديه قبل الزواج طبقاً للقانون الفرنسى ، ولكنه لم يفعل لأن الإذن غير واجب فى انكلترا بلد العقد ، بينما فى فرنسا يعتبر عدم الحصول على الإذن نقصاً فى أهلية الولد للزواج فهو إذن مسألة من مسائل الأحوال الشخصية . ولكن فى إنكلترا تعتبر مسألة الاذن وعدمه مسألة متعلقة بشكل عقد الزواج لا بالأهلية للزواج . فاذا رفع الأمر للقاضى فماذا يعتبرها وبأى قانون يكيفها ؟ ولاختلاف قواعد التكييف فى كل دولة نرى المحاكم الفرنسية تقضى ببطلان هذا الزواج لأن النقص فى الأهلية يحكمه قانون الجنسية =

٤٩ — ولن نكل لك معرفة التكييف حتى نضرب لك فيه مثلا :

باع إنسان لآخر خمسين قنطاراً من القطن يأخذها يوم كذا من مخزنه الفلانى بثمن قدره كذا للقنطار الواحد ، ثم احترق المخزن بما فيه قضاء وقدرا قبل موعد التسليم ، فاختلف المتبايعان فيمن يكون عليه ضمان هذه الصفقة ، أيكون الضمان على البائع فلا يكون له حق فى الثمن ، أم يكون الضمان من المشترى فيقضى عليه بالثمن ولو لم يتسلم المبيع ؟ فالقاضى متى تثبت من حصول البيع بظروفه وشروطه يتعين عليه — للحكم فيمن يكون هلاك المبيع من ضمانه — أن يبحث أولا عن أى نوع من أنواع البيع يمكن إدخال صورة الدعوى تحت عمومه : أيكون هو بيع عين معينة أم بيعا جزافا أم بيعا بالوزن . و بحثه هذا هو التكييف بعينه ، وظاهر أنه كله اجتهاد فى القانون لا يقع له إلاّ بتعرف أنواع هـذه البيوع و إدراك ما بين بعضها و بعض من فروق .

هذا ومتى أتم القاضى تكييف فهم الواقع على مقتضى القانون ، تناول القاعدة الواجب تطبيقها من مصادرها القانونية ، ثم أنزل حكمها على حاصل ذلك الفهم مكيفاً . وهو اجتهاد آخر فى القانون . ففى المثال المتقدم الذكر متى فرغ القاضى من اعتبار صورة الدعوى صورة بيع بالوزن ، أى بعد أن يكون كيفها بهذا الكيف ، فإنه يبحث فى القانون عن حكم هلاك المبيع فى هـذا النوع من البيوع فيجده منصوصاً عليه فى المادة ٢٤١ من القانون المدنى فيقرر أن الهلاك هو على البائع ، ثم يقضى برفض دعواه .

مثال آخر : فى قضية تتعلق بمسيحى تصرف تصرفا اختلفت ورثته فى تكييفه ، وانحصر النزاع لدى محكمة الاستئناف فيما إذا كان هذا التصرف —

= وهو القانون الفرنسى ، فى حين أن المحاكم الانكليزية تقضى بصحته لأن مسألة الاذن وعدمه من المسائل المتعلقة بشكل عقد الزواج التى يحكمها قانون محل حصوله وهو القانون الانكليزى . وقد اختلف فى القانون الذى بمقتضاه يكون التكييف (راجع فى كل ذلك الزينى فقرة ١٧١)

على الرغم مما جاء به من ألفاظ الهبة والوقف والتأبيد والاستبدال والإدخال والإخراج والتعديل فى الوقفية ، وكيف يختار القيم وكيف يعزل ، وما جاء به من أحكام لاتذكر ولا تتصل إلا بالأوقاف — يعتبر وصية أم يعتبر وقفا ، وقضت محكمة الاستئناف بأنه وصية على ما رآه المجلس الملى من قبل . فطعن بعض الورثة فى هذا الحكم لدى محكمة النقض وكان من طعنهم أن المسألة مسألة تكييف صرف كان ينبغى للمحكمة الاستئناف معالجة حلها ابتداء لتحديد الاختصاص ثم لتعيين القانون الواجب اتباعه فى الدعوى ، وأن محكمة الاستئناف إذ أهملتها وعملت فيها على غير مقتضى تكييفها الصحيح ، تكون قد أخطأت فى تطبيق القانون . لذلك بحثت محكمة النقض فيما إذا كانت المسألة المختلف عليها هى مسألة من مسائل الأحوال الشخصية ، فيكون المجلس الملى هو المختص بالفصل فى النزاع على اعتبار التصرف وصية أم هى من مسائل الأحوال العينية التى يحكمها القانون المدنى الذى هو قانون موقع العقار فيكون التكييف والتطبيق على مقتضى هذا القانون — بحثت فى ذلك وانتهى بحثها إلى أن المسألة المتنازع فيها لاتتعلق بأحوال الموصى الشخصية ، وإنما تتعلق بالحقوق العينية التى رتبها على ماله ، ثم كيفتها على مقتضى القانون المدنى فتمحض التصرف لديها إلى أنه وصية بوقف ويجب فى مثله تطبيق أحكام وقف المريض مرض الموت[1] .

٥٠ — ولما كان نشاط القاضى فى تطبيق حكم القانون على فهم الواقع مكيفاً لا خلاف فى أنه اجتهاد فى القانون ، والخطأ فيه يقع إما بمخالفة القاعدة القانونية المنطبقة أو بالخطأ فى تأويلها أو بالعدول عنها إلى قاعدة لا تنطبق ، فلا وجه لإطالة الكلام فيه فى هذا الفصل المعقود خاصة لإجمال القول فى التكييف والتطبيق .

---

(١) ن . م . م ٢١ يونيه سنة ١٩٣٤ (القانون والاقتصاد سنة ٤ رقم ٦٨ ص ٢١١ والمحاماة س ١٥ ق ١ ص ٨٧ وما بعدها) .

أما نشاط القاضى واجتهاده فى مرحلة التكييف ففيه فقه كثير يستحق الشرح والتفصيل .

(٢) النظريات المختلفة فى التكييف

٥١ — نظرية الرئيس باريس وأتباعه : قد بقى التكييف — مع ما رأيت من أهميته — غير معنى به العناية التى يستأهلها حتى قرأ الرئيس باريس Barris (رئيس الدائرة الجنائية بمحكمة النقض الفرنسية من سنة ١٨١٦ إلى سنة ١٨٢٤) على هيئة المحكمة مذكرة[١] له أبان فيها عن رأيه فى التكييف فى جريمتى القذف والسب ، فقسم الجرائم إلى جرائم قد عرفها القانون كالسرقة ، وأخرى لم يعرفها القانون كالقذف والسب وهتك العرض ، ثم أخضع التكييف فى الجرائم الأولى لرقابة محكمة النقض وأخرج جرائم القسم الآخر عن هذه الرقابة .

ومنذ أبدى هذا الرأى ظهرت فى الفقه الجنائى نظرية التمييز بين الجرائم التى عرفها القانون وبين الجرائم التى لم يعرفها (La théorie de la distinction des infractions définies et non définies par la loi) كما ظهر فى الفقه المدنى نظرية الألفاظ التى لم يحدد القانون معانيها والألفاظ التى حدد لها معانيها (La théorie de la distinction des notions défenies et non défenies par la loi) فكان من دعاتها بعد الرئيس باريس ، مع تحوير خفيف ، النائب العام مرلان[٢] Merlin والمستشار برويه Broé والنائب العام ديبان Dupin[٣] والأستاذ شينون Chénon[٤] ، وكان من المعارضين لها

---

(١) نشرت هذه المذكرة فى ربرتوار دالوز جزء ٧ ص ٣٠٦ فقرة ١٢٢٤ وقد ترجمها الأستاذ مرقس فهمى المحامى وأورد ترجمته فى مقال نشر بالمحاماة سنة ١١ ص ٢١٧

(٢) ربرتوار Merlin تحت كلمة Societé فقرة ٢ من الفرع الثانى والفصل الثانى .

(٣) راجع تقرير المستشار ومرافعة النائب فى قضية جازيت لانجدوك L'Affaire Gazette de Langedoc (س ١٨٣٤ — ١ — ٣٨٥ وما بعدها) ومرافعة النائب ديبان فى قضية جازيت دى ميتز L'affaire Gazette de Metz (س ١٨٣٢ — ١ — ٨١٨) .

(٤) رسالته Origines, conditions et effetsdelacassation

شوفرون[١] وجارو[٢] وجارسون[٣] ومارتى[٤] .

ومحصل هاتين النظريتين أن الشارع لم يجر فى وضع الألفاظ القانونية على وتيرة واحدة ، فبينما تراه يتعرض للتحديدات الاصطلاحية كتعرضه لتعريف السرقة والبيع والإجارة ، تراه أحياناً أخر يسوق الضوابط القانونية بغير تعريف مكتفياً فيها بما ترسمه عند السامع أو القارئ من صور المعانى كسوقه جريمة هتك العرض والسب والافتراء وألفاظ السبب والأجل والتقصير وغير ذلك[٥] . وما دامت محكمة النقض لا تختص إلا بالقضاء بنقض الأحكام المخالفة لصريح القانون ، وما دام التكييف هو رد الواقع الثابت فى الدعوى إلى حكم قاعدة قانونية تناسبه وتنطبق عليه ، فتلك المغايرة فى وضع الألفاظ القانونية بالتعرض لها بالتحديد أحياناً و بترك التحديد أحياناً أخر ، يجب أن تدل على أن للشارع فيما تعرض له بالتحديد والتعريف مقصوداً هو لفت القاضى إلى ما يكون فى المعرف من الضوابط القانونية حتى يتحراها عند التكييف وتطبيق القانون ، أما فيما لم يتعرض له بالتحديد فلا بد أن يكون مقصوده هو ترك التكييف فيه إلى ما يدركه القاضى نفسه من معناه . قالوا : و يترتب على هذه المغايرة أن اجتهاد القاضى فى التكييف فيما لم يتعرض له الشارع بالتحديد والتعريف يصبح كله واقعيا لا تراقبه محكمة النقض بحال ، إذ كيف يصح فى النظر — كما يقول الرئيس باريس — أن يعتبر القاضى أنه قد خالف القانون فيما لم يعرفه له القانون . أما اجتهاده فيما تعرض له الشارع بالتحديد الاصطلاحى فإنه يبقى اجتهاداً فى القانون يخضع فيه لرقابة محكمة النقض .

---

(١) رسالته Du pouvoir de Contrôle de la Cour de Cassation sur la Qualification Criminelle

(٢) تحقيق الجنايات جـ ٥ رقم ١٨٠٢ وما بعده .

(٣) فى شرح قانون العقوبات وتحت كل فصل عقده تحت كل مادة بعنوان : Constation Judiciaiaire et Cassation

(٤) من ص ١٩٠ وما بعدها .

(٥) اقرأ فى كتب أصول الفقه الإسلامى مبحث الأسماء الشرعية كلفظ الصوم والصلاة والزكاة والايمان (الآمدى جـ ١ ص ٤٨ وما بعدها)

٥٢ — **نقد هذه النظرية** : ولم يتراخ أكثر فقهاء القانون فى نقد هذه النظرية منذ ظهورها فقال معارضوها منهم : إن التمييز بين الألفاظ القانونية على أساس تعرض الشارع لبعضها بالتحديد الاصطلاحى وعدم تعرضه لبعض آخر ، لا يقوم فى النظر على أساس صحيح ، لأن الألفاظ قد وضعت بين الناس للتعريف والدلالة على ما فى نفوسهم ، فإذا أراد أحدهم شيئاً عرف مراده بلفظه . والشارع كسائر الناس يقصد بما يجرى به لسانه ما يقصده سائر الناس من المعانى التى يجرى بها العرف و يتفاهم عليها الاصطلاح[1] . فمتى رتب أحكامه على تلك المقاصد والإرادات بواسطة الألفاظ فكل لفظ ورد بالقانون له معناه المعروف ، سواء قد عرف تعريفاً فنيا أو لم يعرف . و إذا استعمل القانون لفظ « وقاع المرأة » ولفظ « هتك العرض » وألفاظ القتل والسب والإهانة والافتراء ، أو استعمل لفظ «المطل» « والهبة » «والسبب» « والأجل » « والاستحقاق » « والتعرض » « والإسقاط » « والإبراء » فما ذلك إلا ليدل على المعانى المتبادرة للذهن من هذه الألفاظ أو على المعانى المعروفة فى فقه القانون واصطلاحه[2] . و إذا صح ذلك وهو صحيح فليس فى الألفاظ القانونية ما يقال حقا إنه غير معرف قانوناً .

---

(١) الفقهاء الإسلاميون قد أخذوا كغيرهم من العلماء الألفاظ العربيـة وأطلقوها على مدلولات خاصة ، كما فعل النحاة بالفاعل والمفعول والمبتدأ والخبر والجار والمجرور والاشتغال والتنازع ونحو ذلك من ألفاظ كان يستعملها العرب فى مدلولات عامة ، فأخذها النحاة ووضعوها لمصطلحات . حتى أن العربى القح لم يكن ليفهمها فى معانى النحاة ، وهكذا الشأن فى البلاغة والعروض والفلسفة والفقه .

(٢) ولا مانع إذن يمنع الفقيه أو القاضى من وضع التعاريف القانونية للألفاظ التى لم يعن القانون بتعريفها . ومن ذلك أن محكمة النقض الفرنسية قد نقلت كثيرا من الألفاظ من معانيها العامة إلى المعانى القانونية الخاصة ثم وضعت لها تعاريف خاصة . فعرفت : الحيوان المستأنس الوارد ذكره بالمادة ٤٥٤ من قانون العقوبات المقابلة لمادة ٣١٢ من قانوننا بأنه الحيوان الذى يعيش ويتغذى ويتربى ويتزاوج تحت عين الإنسان وفى كنفه (ن . ف . ج ١٤ مارس ١٨٦١ س ١٨٦١ — ١ — ١٠١٢) وقارن ن . ف . ج ٨ أبريل سنة ١٩٢٢ (س ١٩٢٢ — ١ — ٣٩٣) وتعليق الأستاذ رو الذى أحصى التعاريف التى وضعت للفظ « الحيوان المتأنس » . وسترى فى موضع آخر ما قامت به محكمة النقض المصرية من وضع تعاريف لألفاظ كثيرة لم يعرفها القانون .

ثم إذا أريد بالتعريف أن يقوم الشارع بالتحديد الاصطلاحى على وجه يبرز لك صور جميع المعانى التى يمكن أن تشملها الألفاظ أو العبارات القانونية ، فليس فى القانون مايصح أن يقال إنه قد عرف هذا التعريف . فجريمة السرقة التى يقول الرئيس (باريس) إنهـا أولى الجرائم التى عرفها القانون هى عند مخالفية غير معرفة حقا ، لأن تعريفها بأنها « اختلاس مال منقول مملوك للغير » ليس بالتعريف الشامل الجامع لكل ما يتألف منه معناها ، بل هو لا يعدو ما ورد بمعاجم اللغة ، ولا يزال القاضى بعد بحاجة إلى معرفة ما هو « الاختلاس » وما « المـال » وما « المنقول » وما معنى كونه « مملوكا للغير » و إذا عرف ذلك فهو فى حاجة إلى معرفة ما « الليل » وما « السلاح » وما « الإكراه » وما « التهـديد » وغير ذلك من ظروف التشديد فى السرقات ، لحل جميع المسائل القانونية التى تعرض فى العمل وتبلغ الصعوبة فيها حدا دونه ما يعانيه فى حل المسـائل التى تعرض له فى تكييف الواقع فى جريمة وقاع المرأة أو هتك العرض أو السب أو الإهانة أو أية جريمة أخرى لم يتناولها القانون بالتحديد الاصطلاحى . ذلك لأن القاضى لا يقوم فى السرقات بإجراء تكييف فهم الواقع منها و إدخاله تحت هذا التعريف المتقدم الذكر بقياس واحد تكون كبراه « كل من اختلس مالا منقولا مملوكا للغير يعـد سارقا » وتكون صغراه « أن المتهم قد أخذ بقصد الاختلاس كذا المملوك لغيره » لأن شرط إنتاج هذا القياس أن تكون صغراه مسلمة ككبراه ، وهى لن تكون كذلك إلاّ إذا كانت نتيجة لأقيسة أُخَرَ يقابل فيها أخذ المال بالاختلاس ومطلق المـال المأخوذ بالمال المنقول المختلس ثم بالمال المنقول المختلس المملوك للغير . وظاهر أن القاضى لن يستطيع إجراء هـذه الأقيسة إلاّ إذا عرف له القانون الاختلاس ثم المال المنقول ثم المـال المملوك لغير السارق . و إذن فهو إما أن يجرى التكييف فى هـذه العناصر كما يجريه فى الجرائم الأُخَرَ التى لم يتناولهـا القانون بتعريف ما فيصبح التكييف كله فى جريمة السرقة تكييفاً واقعيا و إما أن يجرى فى تكييفها

على ما يقول الناقدون من الرجوع إلى فقه القانون وحينئذ لا تكون ثمة فائدة من تقسيم الجرائم إلى معرّفة وغير معرّفة ، وما دام الواقع أنه لا مفر من أحد قولين : فإما أن يقال إنه لا وجه للتمييز بين الألفاظ والعبارات التى عرفها القانون و بين التى لم يعرفها و إذن يصير التكييف كله — وهو رد فهم الواقع إلى حكم القانون — اجتهاداً فى القانون يخضع فيه القاضى لرقابة محكمة النقض ، و إما أن يقال إن هذا التمييز يجعل التكييف كله واقعيا داخلا فى سلطة قاضى الموضوع وهو ما لم يقل به قائل .

و يضيفون إلى هذا النقد أن الرئيس باريس كان على نوع ما متأثراً فى رأيه بقانون تشكيل محكمة النقض وما سبقه من القوانين التى تشير كلها إلى أن لا طعن جائزاً أمام محكمة النقض إلا إذا كان مبناه مخالفة الحكم المطعون فيه للقانون مخالفة صريحة . فأما وقد مدت هذه المحكمة رقابتها إلى الخطأ فى تطبيق القانون وتأويله واتسع لها المجال فى تعريف ما لم يعرفه القانون من الألفاظ والعبارات فقد أصبح متعيناً إهمال هذه النظرية وعدم الأخذ بها .

٥٣ — وللمستشار برويه Broé والنائب العام ديبان Dupin رأى آخر فى تقسيم الألفاظ القانونية ، محصله أن بعض هذه الألفاظ التى رتب الشارع أحكامه على مدلولاتها يمكن تعريفه نظريا ولو لم يتناوله هو بالتحديد الاصطلاحى كالتسور (L'escalade) والشروع فى الجريمة (la tentative) و بعضاً آخر كالسب والإهانة والافتراء والتحريض على الفجور (offence, outrage, excitation a la débauche) لا يمكن تعريفه تعريفاً نظريا ابتداء ، و إنما يستطيع القاضى الإلمام بمعناه وتقديره فى كل قضية تقديراً أدبيا ، بشعوره الخاص . و إذن فتقدير فهم الواقع فى الدعوى وتكييفه بحكم القانون يكون بالنسبة للنوع الأول من الألفاظ عملا قانونيا (une appré-ciation juridique, un travail disinteressé d'un juris-consulte) يخضع القاضى فيه لرقابة محكمة النقض . أما بالنسبة للنوع الآخر فالتقدير والتكييف

يكون تقديرا أدبيا (une appréciation morale) لا يقع تحت هذه الرقابة [(١)]

٥٤ — ويتصل بهذا الرأى رأى شينون ، وحاصله أن من الألفاظ مالا يكون على القاضى فى تكييف فهم الواقع على موجبه سوى التحقق من قيام مدلوله فى الوجود (ويتمثل له بكون الوصية يجب أن تكون مكتوبة بيد الموصى ، وبالطمى alluvion وبالمولود حديث العهد بالولادة (un nouveau né) ومنها مالا يمكن التكييف على موجب مدلوله إلا بعد تقدير القاضى لظروف هذا المدلول تقديراً شعوريا أدبيا ويمثل له بالإهانة الشديدة (une injure grave) تقع بين الزوجين فتستوجب التفريق بينهما ، ومنها مالا يستطيع القاضى رد الواقع فيه إلى معناه وتكييفه به إلا بعد تقديره تقديرا قانونيا ويمثل له بركن الاختلاس فى السرقة . ويقول شينون إن التقدير فى هذا النوع وحده هو الذى يخضع لرقابة محكمة النقض لأن المعانى المدلول عليها بألفاظ هذا النوع هى التى يدركها القاضى بالنظر الفقهى المجرد عن ظروف الدعاوى المختلفة ، ولذلك صح إخضاع رأى قاضى الدعوى فيه لرقابة محكمة النقض [(٢)] .

٥٥ — ويتصل أيضاً بهذا الرأى رأى الأستاذ كورنوت (Cournot) [(٣)] وحاصله أن اجتهاد القاضى فيما يعرض عليه من مسائل الدعوى يختلف فى بعضها عن بعضها الآخر ، فقد ينظر فى بعض ويقدره على مقتضى قواعد المنطق الصحيح (une appréciation logique) ويجرى فى بعض على موجب شعوره (une appréciation consciencieuse) فاذا رأت محكمة النقض أنه قد خرج فى حكمه على نصوص القانون أو على ما يكون قد يستنتج منه على مقتضى قواعد النظر

(١) راجع تقرير المستشار ومرافعة النائب العام فى المرجع المتقدم الذكر وكثيراً ما عبر عن هذه الجرائم بأنها جرائم أدبية délits moraux

(٢) شينون فى مؤلفه ص ١٦٣ ، ١٦٥ ، ١٦٦

(٣) فى مؤلفه Essai sur les fondements de nos connaissances et sur les caractères de la critique philosophiques (édition 1912 P. 459)

الفقهى بصرف النظر عما يكون قد ألهمه به شعوره وضميره تحت تأثير ظروف الدعوى وأحوالها ، فإنها عندئذ تنقض الحكم لمخالفته للقانون أو لخطئه فى تطبيقه أو تأويله . أما إذ رأت أن القاضى قد قدر ظروف الدعوى على موجب إحساسه وشعوره فإنها ترفض الطعن إذ لا يكون خطؤه حينئذ خطأ فى القانون .

٥٦ — ومحصل هذه الآراء على ما فيها من تفاوت أن هناك حقاً ألفاظاً ذات معان قانونية (des notions proprement juridiques) يستطيع القاضى ربطها بواقع الدعوى وتكييف هذا الواقع بها بنوع اجتهاد ونظر وبفضل تفسير واستنتاج وتجريد إلى غير ذلك من وسائل الاجتهاد فى القانون ، فيكون التكييف على موجب هذه الألفاظ — لهذه العلة — خاضعاً لرقابة محكمة النقض ، كما أن هناك ألفاظاً أُخَرَ مثل « الإهانة الشديدة » فى باب أسباب التفريق بين الزوجين ، ومثل « الوسائل الاحتيالية » فى جريمة النصب ، لا سبيل لتحديد معانيها وربط هذه المعانى بواقع الدعوى إلا شعور القاضى بقيام هذه المعانى فى واقعة الدعوى فيكون التكييف شعوريا يجب إخراجه عن رقابة محكمة النقض .

٥٧ — نقد هذه النظريات وبيان الرأى الصحيح فى التكييف :

ونظن أن وجه الخطأ الرئيسى فى هذه الآراء هو أن أصحابها قد اعتقدوا أن التكييف لا يمكن اعتباره اجتهادا فى القانون إلا إذا بذل القاضى فى تفهم المعانى المدلول عليها بألفاظ القانون جهداً منطقيا كما يقول بعضهم أو قانونيا كما يقول بعض آخر . وفاتهم أن التكييف هو رد فهم الواقع فى الدعوى إلى فهم حكم القانون فى هذا الواقع ، فلا يهم فيه أن يكون ثمة ألفاظ قد عرفها القانون وألفاظ أُخَر لم يعرفها ، ولا أن القاضى قد بذل جهدا منطقيا أو فقهيا أو شعوريا فى تفهم معانى ألفاظ القانون — لا يهم فيه ذلك ، ما دام ينبغى للقاضى فى نهاية الأمر أن يجيب نفسه عما إذا كان حاصل فهمه فى واقع الدعوى بما اجتمع فيه من عناصر وقيود وشروط يمكن أو لا يمكن إدخاله تحت حكم القاعدة القانونية الواجب

تطبيقها عليه . فاذا كانت الواقعة سرقة مثلا ، فسواء عرف القانون أركانها واحداً واحدا ، أو لم يعرفها ثم عرفها القاضى بنظره الفقهى أو المنطق أو الشعورى ، فالقاضى — فى نهاية الأمر — ملزم للقضاء فى موضوع الدعوى بالعقوبة أو البراءة برد حاصل فهمه فى كل ركن من أركان التهمة إلى ما يجب فهمه من حكم القانون فى مقابله من أركان جريمة السرقة . ولن يتم له ذلك إلا بتحديد معانى الألفاظ التى استعملها القانون أيا كان نوعها ، وربط فهم الواقع بهذه المعانى بعد تحديدها وتعريفها ، ولا خفاء فى أن هذا الضرب من الاجتهاد هو اجتهاد فى القانون . وما دامت المسألة التى يجب حلها هى : هل ينبغى لمحكمة النقض أن تكتفى بما يقرره قاضى الدعوى من أن وقائعها الثابتة يمكن إدخالها فى عموم الألفاظ التى استعملها القانون فى القاعدة القانونية الواجب تطبيقها ، أو أنه ينبغى لها أن تراقبه فى هذا التقرير — لا من ناحية ثبوت هذه الوقائع من الأدلة المقدمة بل من ناحية ربطها بحكم القانون وإدخالها تحته — وما دام التكييف هو توخى معانى القانون فى حاصل فهم الواقع والقاضى ملزم فيه دائماً بتحديد معانى القانون لربط معانى فهم الواقع بها . ما دام هذا وذاك فلا يهم فى التكييف أن تكون الألفاظ التى استعملها القانون قد عرفها هو أو عرفها القاضى بأية وسيلة ، صعبة كانت أو سهلة ، وإذن فلا فائدة من تقسيم الألفاظ إلى معرفة وغير معرفة وإلى تنويع نظر القاضى وتقديره إلى تقدير منطق وتقدير شعورى ، لأن كل تكييف لمعنى لفظ من هذه الألفاظ سيعطى — كما قال مارتى — اللفظ تعريفاً يقع التكييف على موجبه[١] .

ثم إن محكمة النقض لا تقوم حقا بوظيفتها التى تنحصر فى جمع كلمة القضاء على قول واحد فى تفسير القانون وتطبيقه ، إلا إذا راقبت التكييف كله ومنعت

---

(١) L'identification d'une certaine situation de fait avec une notion légale, toute qualification entraine indirectement une définition de cette notion

مارتى ص ٢٠٥

المحاكم برقابتها عليه من أن تدخل تحت عموم الألفاظ والقواعد القانونية ما لا تشمله بعمومها و إطلاقها . ولن تؤتى هذه الرقابة ثمرتها إلا إذا امتدت إلى جميع ألفاظ القانون وعباراته وتراكيبه .

٥٧ — على أن الشارع إذا كان لم يتناول الكثير من الألفاظ التى استعملها بالتحديد الاصطلاحى ، فذلك لنزوله فى بعض منها على اصطلاح الفقهاء ولاكتفائه فى بعض آخر بمالها من معان فى وضع اللغة أو فى مجرى الحياة العامة أو فى اصطلاح علوم أو فنون مختلفة . وأيا كان مصدر هذه الألفاظ فالشارع إذا استعملها وطبعها بطابعه فقد جعلها جميعاً ألفاظاً قانونية ، ومحكمة النقض إذ تراقب التكييف كله فانها تراقب فى واقع الأمر تحديد معانى جميع الألفاظ والعبارات المستعملة فى القانون[1] أو التى أدخلها الفقه عليه[2] .

٥٨ — أما ما يقال من أن التكييف يختلط أحياناً بفهم الواقع فى الدعوى وأنه لذلك يجب تركه لقاضى الدعوى كلما كانت الألفاظ القانونية أسماء ذوات أو أسماء معان ، فهو قول غير صحيح . لأن محكمة النقض لا تعيد البحث فى أدلة الدعوى لتحصل بنفسها فهم الواقع فيها ثم تكييف هذا الواقع برده إلى القاعدة

---

(١) للعلامة چينى فصل قيم خصصه للألفاظ والعبارات القانونية باعتبارها أداة استنباط للأحكام الفقهية ، بين فيه ما أجملناه فى المتن من أن الشارع تناول ألفاظه من مصادرها المختلفة من الفقه والاقتصاد وعلوم الاجتماع والأدب والسياسة والحياة العملية وطبعها بطابعه فصارت لها معان قانونية . ثم بين معنى الحياة والموت فى العرف وفى القانون ومعنى الاهانة بين الزوجين وإدارة الأموال ، ولفظ الآداب العامة والنظام العام والمصلحة . ثم درج من ذلك إلى نقد كثير من المصطلحات الفقهية وتمنى لو صفيت ألفاظ القانون واستبدل ببعضها ألفاظ أخر (چينى جزء ٣ من ص ٤٤٨ إلى ص٤٩٢) واقرأ فى (الأحكام للآمدى) فصلا كتبه فى الأسماء الشرعية وقد استهله بقوله : لا إحالة فى وضع الشارع اسماً من أسماء أهل اللغة أو من غير أسمائهم على معنى يعرفونه أو لا يعرفونه لم يكن موضوعاً لأسمائهم ... ثم أخذ يمثل لهذه الأسماء بالصلاة والزكاة والإيمان جزء ١ ص ٤٨ وما بعدها) .

(٢) كتحديد محكمة النقض الفرنسية معنى « الشىء الخطر » (la chose dangereuse) التى أدخلها الفقه والقضاء عند الكلام على المسؤولية المترتبة على فعل الجمادات (ن . ف ٢١ فبراير سنة ١٩٢٧ س ٢٧ — ١ — ١٣٧) .

القانونية التى تنطبق عليه ويدخل هو فى عامّها ومطلقها ؛ وإنما هى تتناول هذا الواقع على الوجه الثابت بالحكم (والمفروض هنا أن الحكم يكون مستوفى الوقائع والأسباب) ثم تنظر فيما أعطى له من أوصاف وكيوف ، أى تنظر فيما إذا كان قد حصل رد هذا الواقع للقاعدة التى تشمله أو حصل رده إلى غيرها ؛ على أن قاضى الموضوع نفسه لا يخلط بين العملين عادة ؛ ذلك بأن المتبع أنه يفصل فى صدر حكمه وقائع الدعوى وعناصرها وظروفها وملابساتها ومزاعم كل طرف فيها وأدلته التى استند إليها ، ثم يستخلص الواقع فى الدعوى من الأدلة المقدمة فيها ، ثم يقيسه ويعايره بالقواعد القانونيـة المنطبقة عليه جزءا جزءا ، ثم يصدر حكمه فيه طبقاً لهذه القواعد .

٥٩ — لكن القول — بوجـه عام — بإمكان التكييف على مقتضى ألفاظ القانون كلها وبوجوب إخضاعه كله لرقابة محكمة النقض ، بغير تفرقة بين جريمة وأخرى ولا بين لفظ وآخر ، يثير فى النظر الاعتراضين الهامين الآتيين :

الأول ، وهو مبنى على أن بسط الرقابة على التكييف لا يبرره إلا ما يعود منه من الفائدة من حيث تثبيت القضاء واستقراره فى تفسير القـانون وتطبيقه . ومحصله أنه حتى فى الأحوال التى يكون فيها معنى اللفظ منضبطا والتكييف على موجبه ممكناً ، كثيراً ما تكون الرقابة على التكييف غير مثمرة من تلك الناحية السابقة الذكر . وتوضيحاً لهذه الفكرة نضرب المثل الآتى : افرض أن مقالاً نشر فى صحيفة دورية وأن قاضى الدعوى وصفه بأنه يحوى إهانة مما يعاقب عليه بالمـادة . . . من قانون العقوبات ، وافرض أن الأمر فيـه عرض على محكمة النقض . ألا تراها قد تقول إن وراء وصف القاضى لهذا المقال بظروفه المبينة بالحكم المطعون فيه تكييفاً قانونيا يقتضى للتحقق من صحته أو عدم صحته أن يكون للإهانة تعريف قانونى ينطبق على صورة الدعوى وتقع هى تحت عمومه ويمكن الرجوع إليه لرفع ما عسى أن يقع من خلاف عليه أمام جهات القضاء المختلفة .

ثم ألا تراها قد تلاحظ بعد ذلك أن قاضى الموضوع حين قرر أن المقال فيه إهانة معاقب عليها لا بد أن يكون قد راعى عبارات المقال كله ، ما احتوى منه الإهانة وما لم يحتو عليها ، وأسلوب الكاتب وروح الكتابة ، ومركز الجانى والمجنى عليه ، وعلاقة أحدهما بالآخر ، والبيئة التى يعيش فيها كل منهما ، إلى غير ذلك من ظروف الدعوى التى لا يحتمل تكرر وقوعها . ثم قد تلاحظ أن الحكم فى صورة هذه الدعوى لا يمكن إنزاله منزلة السابقة القضائيــة يحتذى به فى أمثالها ، وأن الخوف من أن تناقضــه أحكام أُخَرُ هو مجرد توهم نظرى صرف . ألا تراها قد تلاحظ هـذا وذاك ثم تنصرف عن وضع التعريف القانونى المناسب لأنها إن وضعته وأبرزت فيه تلك الظروف المتعددة الخاصــة بصورة الدعوى كان تعريفاً خاصا لا يتسع إلا لها فقط مما يجعل الاشتغال بوضعه على هذه الصورة عبثاً لا فائدة منه .

أما الاعتراض الثانى فيقال فيه : إن بسط الرقابة على التكييف فى مثل هذه الصورة لا يكون عديم الفائدة فقط فى توحيد القضاء واستقراره فى تفسير القانون وتطبيقه ، بل يكون مدعاة لكثرة الطعون ومحفزة لمحكمة النقض على التغلغل فى ثنايا ظروف الدعوى المختلفة المنطبعة فى مرآة الحكم والبعيدة هى عنها وعن وسائل فحصها وتقديرها لتعرف ما إذا كان قاضى الموضوع قد أحسن عمله فى التكييف على موجب القانون أو لم يحسنه ، وإذا اندفعت المحكمة فى هذا الطريق فما أقربها من أن تنقلب محكمة موضوع تنظر الدعوى مرة ثالثة ، وقد خلقها القانون لغير ذلك .

٦٠ — ليس من الحق أن ننكر ما لهذين الاعتراضين من قوة ، بل الحق أن الرقابة على التكييف لا تفيد الفائدة المرجوة إلاّ فى الصور التى تكون فيهـا ظروف الأحوال ، التى أحلها قاضى الدعوى فى التكييف محل الاعتبار وجعلها مناط حكم القانون — فوق كونها محدودة — ممـا يتكرر اجتماعه ويكثر وقوعه وتعرض حوادثه على القضاء ، إذ فى هـذه الصور تستطيع محكمة النقض ضبط القاعدة القانونية التى يتعين الأخذ بها فى التكييف بإبراز هذه الظروف فيها . ومن

الحق كذلك أن نقول إنه كلما تشعبت واشتبكت ظروف الأحوال الواقعية التى أثبتها القاضى فى حكمه وكان أحلها محل الاعتبار فى التكييف ، ضعفت الفائدة المرجوة من الرقابة على التكييف فى شأن توحيد القضاء واستقراره فى تفسير القانون وتطبيقه .

وإذن فما دام النظر الفقهى من جهة يقتضى أن يكون التكييف كله خاضعاً لرقابة محكمة النقض أيا كانت الألفاظ التى رتب الشارع أحكامه على مدلولاتها ، معرّفة هى أو غير معرّفة ، وما دام النظر العملى من جهة أخرى لا يشير ببسط هذه الرقابة إلا إذا أثمرت مراقبة التكييف فى حل المسائل القانونية حلا يمكن جمع كلمة القضاء عليه ، وما دام بعض ألفاظ القانون لانبهامه فى أصل وضعه أو فى استعماله أو فى الاصطلاح عليه يصعب التحقق من دخول واقع الدعوى فى عمومه أو إطلاقه — ما دام الأمر كذلك فإنه يكون من حسن السياسة أن تحمل محكمة النقض تكييف قاضى الموضوع لفهم الواقع فى الدعوى على الصحة فتقضى برفض الطعن ، كلما تبين لها أن اللفظ الذى وقع التكييف على موجبه شديد الإبهام وأن القاضى عند محاولته إدخال فهم الواقع فى عمومه أو إطلاقه كان متأثراً بظروف الدعوى الكثيرة المختلف بعضها عن بعض وأن الدعوى بظروفها هذه مما لا يتكرر وقوعه فى الوجود وأن مراقبة التكييف — لذلك — لا تخرج قاعدة قانونية عامة يصح الرجوع إليها فى القضايا الأخَرَ . نعم يكون من حسن السياسة أن تجرى محكمة النقض على ذلك ، وعلى أن تحتفظ بحقها فى الرقابة كلما كانت واقعة الدعوى بظروفها البسيطة مما يتكرر حدوثه فى الوجود وكان من الممكن وضع قاعدة قانونية عامة تنطبق عليها وعلى أمثالها مجردة عما يلابسها من ظروف أخرى .

٦١ — وهكذا جرت محكمة النقض الفرنسية — عند تحديد معنى الإهانة التى تستوجب إيقاع الطلاق بين الزوجين — على أن رفض أحد الزوجين إتمام عقد

الزواج أمام الكنيسة وعدم الدخول بالزوجة وهجر العائلة ، كل ذلك مما يدخل تحت هـذه الإهانة بمعناها القانونى[١] . وكذلك قطعت — عند تحديد معنى الوسائل الاحتيالية فى جريمة النصب — برأيها فى التحيل بالسكوت المجرد والكذب[٢] واستعمال الأوراق المزورة[٣] والاستعانة بالغير[٤] . وكذلك حذت حذوها محكمة النقض المصرية ، فحددت معنى لفظ الوسائل الاحتيالية فيما كثر الاحتيال به واتضح معنى النصب فيه : كالاحتيال بعمل اليازرجة[٥] ، وبتوزيع نشرات على الجمهور للايهام بأن صاحبها يعالج الأمراض العصبية[٦] ، وبالوعد باستحضار المواشى المسروقة[٧] .

(٣) مذهب محكمة النقض الفرنسية فى الرقابة على التكييف

٦٢ — ليس فى الموسوعات الفرنسية المعروفة إلا ما وقع الاختيار على جمعه من أحكام محكمة النقض الفرنسية ثم على توزيعه بين أبواب القوانين الجنائية والمدنية فصولا وفروعا ، ولم نجد غير جارو وشوفرن وتيفار Thévard — ومارتى — من نظر نظرة عامة فى أحكام هذه المحكمة وكشف لنا عن رأيها فى التكييف منذ عهد إنشائها . فقد قال جارو وشوفرن : إنها بقيت تراقب التكييف كله بغير تمييز بين جريمة وأخرى ولا تفرقة بين ألفاظ وألفاظ ، ثم أخذت برأى الرئيس (باريس) من سنة ١٨٢٠ إلى سنة ١٨٣٠ ، ثم رجعت إلى رأيها الأول منذ سنة ١٨٣٠[٨] .

(١) مطول بلانيول جـ ٢ من كتاب الزواج ص ٤٣٣ و ٤٣٥ .
(٢) جارسون فقرة ١٦ وما بعدها تحت المادة ٤٠٥ عقوبات .
(٣) جارسون فقرة ٢٦ وما بعدها .
(٤) جارسون فقرة ١٩ وما بعدها .
(٥) حكم رقم ١٦ تحت المادة ٢٩٣ من كتاب القضاء الجنائى .
(٦) حكم رقم ١٨ من المرجع السابق .
(٧) حكم رقم ٢٢ من المرجع السابق .
(٨) جارو تحقيق جنايات جـ ٥ فقرة ١٨٠٣ وما بعدها ، وشوفرون ص ٣٨ ، وتيفار ص ٧٣ وما بعدها .

وقد علق مارتى على هـذا القول بأن طريقة هذين العالمين لم تخل من خطأ فى تحديد مبدأ كل عهد من هذه العهود الثلاثة ، ولا فى القول بعدول محكمة النقض عن رأى الرئيس (باريس) عدولاً تاماً . وقال إن محكمة النقض قد ابتدأت منذ سنة ١٨١٤ تتخلى عن رقابة التكييف فى الوسائل الاحتيالية المكونة لجريمة النصب المبينة بالمادة ٤٠٥ من قانون العقوبات[(١)] ومنذ سنة ١٨١٦ فى جريمة التحريض على الفجور (المادة ٣٣٤)[(٢)] ولكنها لم تشرع مع ذلك إلى تقسيم الجرائم إلى معرفة وغير معرفة إلاّ بين سنة ١٨٢٠ و سنة ١٨٣٠[(٣)] . ولم ترجع إلى رأيها الأول فى رقابة التكييف فى جميع الجرائم إلا منذ أصدرت حكمها المشهور فى ٥ أغسطس سنة ١٨٣١[(٤)] فى قضية التعدى على الذات الملكية L'attaque contre la dignité royale المشهورة بقضية لانجدوك[(٥)] ، ثم أخذت تراقب التكييف فى جرائم المطبوعات والقذف والسب[(٦)] . ثم قال : إن مذهب الرئيس

---

(١) يقول مارتى إن محكمة النقض كانت تراقب التكييف كله فى جريمة النصب ثم تخلت عن رقابته ثم عادت إلى رأيها الأول منذ سنة ١٨٣١ (راجع ص ٢١٩ وهامش نمرة ٣ وفيه سلسلة الأحكام لغاية حكم ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٢ (س ١٩٢٤ — ١ — ٣٣٠)

(٢) حكم ٩ أغسطس سنة ١٨١٦ من الدائرة التى كان يرأسها الرئيس باريس — وكانت محكمة النقض ترفض الطعون بناء على أن القانون ترك لسلطة قاضى الموضوع تحديد أركان جريمة النصب وجريمة الفجور (راجع مارتى ص ٢١٨ وهامش رقم ١و٢) ثم عادت إلى رأيها الأول (جارسون فقرة ٢٣٧ تحت المادة ٣٣٣ و ٣٣٤ عقوبات) .

(٣) مارتى ص ٢٢٠ هامش رقم ٢ وحكم ٥ أغسطس سنة ١٨٣١ (س٣٢ — ١ — ١٠٢) .

(٤و٥) مارتى ص ٢٢٠ و ٢٢١ و ٢٢٢ وهوامشها . وبهذه الهوامش تفاصيل قيمة لما تراقبه محكمة النقض من عناصر هذه الجرائم وما لا تراقبة ، وقد جاء فيها أن هذه المحكمة قد تركت لقاضى الموضوع السلطة التامة فى تحديد المعنى به فى القذف بالتعريض ، وترددت فى الرقابة على تحديد معنى المحل العمومى والاجتماع العام والعلنية ، وينتهى مارتى من ذلك كله إلى الرجوع فى ذلك إلى جارسون وبواتفان فى مراجعهما الخاصة .

(٦) حكم ١٨ يوليه سنة ١٨٢٦ (سيريه ١٨٢٦ — ١ — ١٥٦) وقد كان رئيس هذه الدائرة المستشار Bailly) وأسباب هذا الحكم تشبه أسباب الحكم الصادر فى ٥ أغسطس سنة ١٨٣١ المشار إليه فى المتن وفقرة ١١٧ من كتابنا .

(باريس) لم يكن مع ذلك فى واقع الأمر المذهب الذى كتبت له الغلبة والفوز فى تلك الفترة (١٨٢٠ — ١٨٣٠) بل إن بعض دوائر محكمة النقض كانت تخالف هذا المذهب ، وقد استشهد فى ذلك بحكمها المؤرخ فى ٢ أبريل سنة ١٨٢٥ الذى نقضت به حكم محكمة استئناف ريوم القاضى ببراءة متهم أسندت إليه تهمة إهانة أحد النواب العموميين وكانت علة تبرئته أن الألفاظ المهينة التى وجهت إليه لم توجه بسبب تأدية وظيفته ، فلما رأت محكمة النقض من بيانات الحكم المطعون فيه أن ظروف الواقعة تدل على توافر معنى هذا الركن فى الدعوى نقضت الحكم وقالت فى أسباب حكمها : إنه إذا كان تقرير قاضى الدعوى فيما يتعلق بفهم وقائع التهمة فى مواد الجنح مما لا معقب عليه ، فإن تكييف هذه الوقائع بحكم القانون وترتيب النتائج على مقتضى هذا التكييف هو من خصائص محكمة النقض[١] .

قال[٢] : وكذلك من الخطأ التقرير بأن محكمة النقض منذ سنة ١٨٣٠ قد عادت إلى رأيها الأول فى التكييف بغير تمييز بين جريمة وأخرى أو بين ألفاظ وألفاظ ، بل الصحيح أنها إذا كانت قد دونت فى كثير من أحكامها أن لها الرقابة على التكييف كله بغير تفرقة ولا تمييز ، فإنك تستطيع أن تعدّ لها أحكاماً كثيرة تلمح فيها أثر مذهب الرئيس باريس كما تستطيع أن تعدّ لها أحكاما أخر أخذت فيها بحقها فى الرقابة على التكييف كله .

١ — نعم كثيراً ما تراها تقيم حقها فى التكييف فى بعض مواد العقود والاتفاقات على أساس ما لبعض هذه العقود وما لأركانه ولشروطه ولأحكامه من الحدود والتعاريف فى القانون ، كأن تقول فى أحكامها مثلا : إنه إذا كان القانون قد حدد خصائص نوع العقد موضوع النزاع وكان قاضى الدعوى بعد أن أثبت له هذه الخصائص لم يعطه حكم نوعه المبينة خصائصه وأحكامه فى القانون ،

---

(١) (س ١٨٢٦ — ١ — ٢٥٠)

(٢) مارتى ص ٢٢٥ .

فلا يعتبر أنه قد خالف حكم العقد فحسب ، بل خالف حكم القانون ، ويكون حكمه من أجل ذلك خاضعاً لرقابة محكمة النقض [(١)] ؛ أو تقول : إذا كان لقضاة الدعوى السلطة التامة فى تفسير العقود والاتفاقات وتحصيل فهم الواقع منها فإن لمحكمة النقض أن تراقبهم فيما إذا كانوا قد تجاهلوا خصائص الاتفاق المتنازع بشأنه من ناحية علاقته بالقانون فيما حدده القانون لنوعه من الخصائص المعرفة له [(٢)] . ومن هـذا القبيل أحكامها الكثيرة التى أثبتت فيها أنه ينبغى لها أن تراقب ما إذا كان العقد من عقود المعاوضة أو من عقود التبرع [(٣)] أو من العقود الملزمة لطرفين [(٤)] ، وهل العقد بيع [(٥)]

---

(١) ع . ف ١٥ يوليه سنة ١٨٣٥ و١٨ ديسمبر سنة ١٨٣٧ (أشير إليهما فى ربرتوار دالوز تحت كلمة تصرفات بين الأحياء dispositions entre vifs فقرة ١٩٨٥ و ١٩٨٨

(٢) ن . ف ٢٤ أبريل سنة ١٨٤٤ (ربرتوار دالوز : نقض فقرة ١٥٨١) . وقد نبه مارتى بالهامش رقم ٣ ص ٢٢٦ إلى ما ينبغى الالتفات إليه من أنه لا عبرة بما تراه فى كثير من الأحكام مما قد يوهم أن تكييف قاضى الدعوى لبعض العقود (الوكالة والكفالة . . .) هو نهائى لا رقابة عليه لمحكمة النقض ، ذلك لأن هذه الأحكام صادرة جميعها برفض الطعون ولم يعن فى كتابة أسبابها الموجزة بالتمييز بين تفسير العقد على مقتضى مقصود العاقدين الذى هو داخل فى سلطة قاضى الموضوع بغير شبهة ، وبين تكييف هذا العقد بعد تفسيره وفهمه الذى هو من خصائص محكمة النقض . وقد استشهد فى ذلك بحكم ٢٣ بريمور سنة ٨ (ربرتوار دالوز : نقض فقرة ١٦٠١) و ٢٠ يناير سنة ١٨٣٠ (ربرتوار دالوز : نقض فقرة ١٦٠٣ — ١٦١٠) وع . ف ١٩ مارس ١٨٣٤ (ربرتوار دالوز : كفالة فقرة ٤٣) وع . ف ٧ يوليه ١٨٨٠ (د ٨٢ — ١ — ٥٥) وع . ف ١٧ مايو ١٩٠٩ (د ٩١٠ — ١ — ١٨٩)

(٣) مارتى ص ٢٢٧ وهامش نمرة ١ وفى هـذا الهامش يذكر أحكاما أخرى قررت فيها محكمة النقض أن سلطة قاضى الموضوع تامة فى تقدير أهمية التكاليف التى أوجبها الواهب على الموهوب له للحكم على موجبه بأن العقد عقد معاوضة ، منها ن . ف ٢٦ نوفبر ١٨٢٥ (س ٨٢٦ — ١ — ١٧٠) و ع . ف ١٢ مايو ١٩٠٩ (د ٩١٠ — ١ — ٢٩١) ثم أحكاماً أخرى فى تكييف الالتزام الطبيعى ، منها ن . ف ١٥ يناير ١٨٧٣ (س ٧٣ — ١ — ٢٩) و ٤ يوليه ١٩٠٤ (س ٩٠٥ — ١ — ١٣٧)

(٤) ع . ف ١١ نوفبر سنة ١٨٨٤ (د ٨٥ — ١ — ١١٦) .

(٥) مارتى ص ٢٢٧ هامش نمرة ٣ و ن . ف ٢٩ يونيه ١٨١٣ (س ٨١٣ — ١ — ٣٨٢) و ن . ف . ج ١٤ مايو ١٨٥١ (د ٨٥٨ — ١ — ٢٣٢) و ن . ف ٧ يوليه ١٩٢٤ (س ٩٢٤ — ١ — ٢٣٣)

أو إجارة [١] أو مقايضة [٢] ، وهل هو شركة [٣] أو استصناع [٤] أو إجارة أشخاص أو مقاولة على عمل [٥] ، وهل هو وديعة أو رهن [٦] ، وهل هو تنازل عن دين [٧] أو صلح [٨] ، وهل العقد يستر هبة أو هو من عقود المعاوضة [٩] .
وكثيراً ما تراها تصرح بأن عدم تعرض الشارع لتحديد بعض الألفاظ والعبارات القانونية وتعريفها يوجب عليها ترك تكييف فهم الواقع فى الدعوى بمعانى هذه الألفاظ وتلك العبارات لقاضى الموضوع ، واعتبار عمله فى ذلك من قبيل تحصيل فهم الواقع فى الدعوى الداخل هو فى سلطته . اعتبر فى ذلك بما أصدرته من أحكام بخصوص لفظ « سكوت [١٠] réticence » الوارد ذكره بالمادة ٣٨٤ من قانون التجارة المقابلة للمادة ١٩٠ من قانون التجارة البحرى الأهلى التى جاء فيها : (أن سند السيكورتاه يصير لاغياً بالنسبة للمؤمن إذا حصل « سكوت » من المؤمن له عما يلزم بيانه ... الخ) ، ولفظ « الإجراءات غير اللازمة [١١] procédure frustratoire » المنصوص عليها بالمادة ١٠٣١ من قانون المرافعات (ولا مقابل لها فى قانوننا)

---

(١) مارتى ص ٢٢٧ هامش ٤ و ن . ف ٨ يوليه ١٨٥١ (د ٥١ — ١ — ١٩٨) ن . ف . ج و١٩ يونيه ١٩٠٣ (س ٩١٠ — ١ — ١٩١) (د ٩٠٥ — ١ — ٤٨٦) .
(٢) ع . ف أول يوليه ١٩٠٨ (س ٩٠٩ — ١ — ٧٧) (د ٩٠٩ — ١ — ١١) .
(٣) ع . ف ٢٠ ديسمبر ١٨٩٣ (د ٩٤ — ١ — ٢٢٤) و ٢٨ أبريل ١٩١٣ (د ٩١٦ — ١ — ٢٤٠)
(٤) مارتى هامش ٧ و ع . ف ٣١ أكتوبر ٩٠٠ (س ٩٠٤ — ١ — ٣٤٣) .
(٥) مارتى هامش ٨ و ع . ف ٨ يونيه سنة ١٩٢٦ (س ٩٢٧ — ١ — ٢٧٠) .
(٦) مارتى هامش ٩ و ن . ف . ج ٢٩ نوفمبر ١٨٦٦ (س ٨٦٧ — ١ — ١٨٨) .
(٧) مارتى هامش ١٠ و ن . ف ٢١ مارس سنة ١٩١٠ (د ٩١٢ — ١ — ٤٤٥) .
(٨) مارتى هامش ١١ و ع . ف أول يوليه ١٨٧٩ (س ٨٨٠ — ١ — ١٠٦) .
(٩) مارتى هامش ١٢ وحكم الدوائر المجتمعة فى ٢٥ فرعور سنة ١٠ (س ١٨٠٢ — ١ — ٢٣) و ن . ف ١٥ يناير سنة ١٨٧٢ (د ٧٢ — ١ — ١٠١) .
(١٠) مارتى ص ٢٢٨ هامش ٤ و ع . ف ٢٥ مارس ١٨٣٥ (ربرتوار دالوز تحت كلمة قانون بحرى فقرة ١٦٨١) و ع . ف ٢٢ ديسمبر سنة ٧٤ (د ٧٦ — ١ — ٦٥) وسلسلة الأحكام الأخرى لغاية ١٩٢٦ و ع . ف ٢٦ أكتوبر ١٩٢٦ (س ٩٢٦ — ١ — ٣٧٤) .
(١١) مارتى ص ٢٢٩ وهامش ١ و ن . ف ١٩ أغسطس سنة ١٨٣٥ (س ٨٣٥ — ١ — ٥٩٢) وربرتوار دالوز تحت كلمة وكيل الدعوى Avoué فقرة ٢٤٢ — ٤ .

ولفظ « cloture » (بمعنى إقامة حائط أو نحوه على حدود الملك) فى المادة ٦٤٧ من القانون المدنى المقابلة للمادة ٣٨ مدنى أهلى[١] ، ولفظ « الاستفزاز provocation » فى المادة ٤٧١ عقوبات (المقابلة للمادة ٣٤٧ عقوبات أهلى[٢]) التى تجعله عذراً مبرئاً من العقوبة فى بعض المخالفات ، ولفظ «إخفاء recel» فى المادة ٧٩٢ مدنى التى لا مقابل لها فى قانوننا[٣] (وهذه المادة ترتب جزاء على من يخفى من الورثة مالا من أموال الشركة) ، ولفظ « إهانة شديدة injure grave » فى المادة ٢٣١ مدنى التى لا مقابل لها[٤] ، ولفظ « التحفة الفنية œuvre d'art » الواردة بقانون ١٩ يوليه سنة ١٧٩٣[٥] ، وعبارة « وضع يد المرتهن رهن حيازة[٦] mise en possession » الوارد ذكرها بالمادة ٢٠٧٦ مدنى المقابلة للمادة ٥٤٠ مدنى أهلى ، وألفاظ « البله والعته والجنون[٧] imbécilité, demence ou fureur » الوارد ذكرها بالمادة ٤٨٩ من القانون المدنى فى سياق من يحجر عليه و يودع فى مستشفى المجاذيب ، وعبارة « تعارض مصلحة القاصر مع مصلحة وصيه[٨] opposition d'intérêt entre tuteur et pupille » الواردة بالمادة ٤٢٠ من

---

(١) مارتى ص ٢٢٩ هامش ٢ وربرتوار دالوز تحت كلمة ارتفاق فقرة ٥٥٨ و ن . ف ٣ أغسطس سنة ١٨٣٦ المشار إليه فيها .

(٢) مارتى ص ٢٢٩ وهامش ٣ و ن . ف . ج ٢٦ مايو ٥٣ (د ٥٣ — ١ — ٣١٧) و ن . ف ٢٥ مايو١٨٩٨ (س٩٨ — ١ — ٤٠٩) وقارن عكس ذلك ن . ف . ج ٢٨ فبراير ١٨٩٠ (د ٩١ — ١ — ٤٦) و٢٥ مايو١٨٩٤ (س ٩٦ — ١ — ١٠٥) والتعليق عليه .

(٣) مارتى هامش ٤ وفيه أحكام متغايرة .

(٤) مارتى هامش ٥ .

(٥) مارتى هامش ٦ .

(٦) مارتى هامش ٧ و ع . ف ٢٩ ديسمبر سنة ١٨٧٥ (د ٧٦ — ١ — ٢٢٠) و ٢٨ مايو ١٩١٠ (س ٩١٠ — ١ — ٤٨٨) .

(٧) مارتى هامش ٨ و ن . ف ١٧ يناير سنة ١٨٧٦ (د ٧٦ — ١ — ١٥١) و ع . ف ٢٣ فبراير سنة ١٩٠٠ (س ٩٠١ — ١ — ١٠٣) وعكس ذلك قارن ٦ ديسمبر سنة ١٨٣١ (س ٨٣٢ — ١ — ٢١٠) .

(٨) مارتى ص ٢٣٠ وهامش ١ و ن . ف ٢٠ أبريل سنة ١٨٨٥ (س٨٥ — ١ — ٢٥٥) وعكس ذلك ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٦ (س٩٢٧ — ١ — ٤١) وتعليق Balleydier عليه .

القانون المدنى المعدلة بقانون ٢٠ مارس سنة ١٩١٧ . وهذه الأحكام وأمثالها تدلك على أن محكمة النقض الفرنسية لا تزال تأخذ فى كثير من أحكامها بنظرية التفريق بين الألفاظ التى عرفها القانون والتى لم يعرفها لغير علة ، سوى أن هذه معرفة وتلك غير معرفة وأن عدم التعريف يقتضى ترك التكييف فيها لقاضى الدعوى بغير رقابة ما عليه .

ب — وتراها — من جهة أخرى — كثيراً ما تحدد معانى ما لم يتناوله القانون من ألفاظه بالتحديد والتعريف ، ثم تتوخى هى هذه المعانى فى حاصل فهم الواقع فى الدعوى على اعتبار أن ما تقوم به من ذلك داخل فى حدود رقابتها على تفسير القانون وتطبيقه . اعتبر فى ذلك بأحكامها التى حددت فيها معنى كون العبارة أو المقال خادشاً للناموس والاعتبار[١] وكونها سبًّا أو طعنا وقع علنا[٢] ، وكونه مخالفا للآداب العامة[٣] ، وكون الفعل شروعاً فى جريمة[٤] ، وكون الغش وسيلة احتيالية لنصب[٥] . وغير ذلك . وكثيرا ما نقضت أحكاماً لخطئها فى التكييف أو لقصورها عن بيان الواقعة بياناً كافيا يعرف منه هل الواقع الثابت فى الدعوى يمكن اعتباره ضرباً وجرحاً أو مجرد إيذاء خفيف[٦] ، أو فعلا فاضحا[٧] أو جرحاً خطأ[٨] أو تحريضاً للشبان على الفجور[٩] أو إكراهاً فى هتك عرض[١٠] ، وغير ذلك[١١] .

(١) شوفرون ص ٤٨ و ن . ف . ج ٩ أبريل سنة ١٨٩٧ (س ٩٨ — ١ — ١١٠) .

(٢) أول مايو سنة ١٨٩٧ (س ٩٨ — ١ — ٤٧٩) واقرأ فى حق محكمة النقض فى رقابة التكييف فى جميع أركان جريمة الافتراء La diffamation ١٧ مايو سنة ١٨٨٦ (د ٨٦ — ١ — ٣٧٦) و ٢ يناير سنة ١٨٩٦ (س ٩٧ — ١ — ١٠٨) .

(٣) شوفرون ص ٤٩ وقد استشهد فى الهامش ١ بحكم ٣٠ يناير سنة ١٨٩٧ الذى نقضت به محكمة النقض الحكم المطعون فيه لقصوره عن بيان لم كانت الصورة الرمزية المعروضة مخالفة للآداب العامة . كما استشهد فى القاعدة بحكم ١٨ مايو سنة ١٩٠٥ (د ٩٠٥ — ١ — ٢٦٠) .

(٤) حكم ٨ سبتمبر سنة ١٨٩٢ (د ٩٤ — ١ — ٣١) ، واقرأ تحليلا نفيساً لذلك فى جرسون تحت المادة ٣ رقم ١٣٨ وبلانش ج ١ — ١٢ .

(٥) الأحكام كثيرة أورد بعضها شوفرون فى ص ٤٩ هامش ٣ .

(٦) و (٧) و (٨) و (٩) و (١٠) و (١١) شوفرون ص ٥٠ وهوامشها وجارسون تحت جميع مواد قانون العقوبات .

٦٣ — وقد يظهر مما سبق ذكره أن محكمة النقض الفرنسية لا تأخذ نفسها بمذهب واحد فى التكييف . بل إنها بينما ترى أن الأشكل بها هو ترك التكييف لسلطة قاضى الدعوى فيما لم يتعرض له القانون من ألفاظه بالتحديد الاصطلاحى ، تراها تنشط فى تحديد معانى تلك الألفاظ ثم تتوخى هذه المعانى فى حاصل فهم الواقع فى الدعوى وتعتبر ذلك من أخص وظائفها . يظهر لك هذا ثم لا تعرف له من علة سوى ما يكون قد تأثرت هى به من ظروف الدعوى . ولو أنها أخذت نفسها بما رددته فى كثير من أحكامها من أنه إذا كان لقاضى الدعوى السلطة التامة فى تحصيل فهم الواقع فيها من المستندات والدلائل المقدمة فيها فإن لمحكمة النقض حق الإشراف على ما يعطيه ذلك القاضى من الأوصاف والتكييف لحاصل فهمه فى الدعوى ، وعلى تطبيق ما ينبغى تطبيقه من أحكام القانون — لو أنها أخذت نفسها بهذا النظر لما رأيت ما تراه فى أحكامها من الاضطراب والتذبذب فى كثير من المسائل(١) .

(٤) أمثلة مختارة لتوضيح التكييف

٦٤ — وبعد فلا بد من التأنيس فى التكييف بأمثلة يستعان بها على فهمه والتمرن عليه ، وقد اخترنا مسائل من الفقه الجنائى وأُخَرَ من الفقه المدنى ومسائل غيرها من فقه المرافعات ، لنريك أن التكييف واحد ، وأنه اجتهاد فى القانون ينبغى أن تراقبه وتشرف عليه محكمة النقض .

ا — أمثلة مختارة من الفقه الجنائى

٦٥ — **القصد الجنائى** : كما تراقب محكمة النقض تكييف الركن المادى فى مختلف الجرائم ، كذلك ينبغى لها أن تراقب القصد الجنائى فى جرائم العمد

(١) مارتى ص ٢٥٧ و ٢٥٨

كلها[1] . ذلك بأن القاضى إذا كان يحصل فهم الواقع فى ماديّات الجرائم ممّا تدركه الحواس من أفعالها وظروفها ، ولا يحصل فهم القصد الجنائى (وهو مساءلة الجانى) إلا من ثنايا هذه الظروف بنوع استدلال عقلى ، فهذا الفرق ليس من شأنه أن يغير من طبيعة تكييف فهم الواقع فى الركنين بحكم القانون ، إذ القاضى كما يجب عليه أن يطابق ما أثبته وقيده من الأفعال المادية للجريمة على ما لهذه الجريمة من تعريف فى القانون ، ينبغى له كذلك أن يطابق ما استنتجه من ظروفها — دالا على نية الجانى فى ارتكابها — على حكم القانون فى هذه النية . ففى جناية القتل مثلا يقيد القاضى أن المتهم أطلق عياراً ناريا على المجنى عليه أثناء مروره من أمامه يوم كذا فى مكان كذا فسقط قتيلا متأثراً بجرح نارى فى صدره وأن فلاناً وفلاناً وفلاناً سمعوا الطلق فأقبلوا على مكان الواقعة فضبطوا المتهم قريباً من هذا المكان وعثروا على البندقية التى أطلقت بجوار القتيل وأن بعض هؤلاء الشهود روى عن المجنى عليه أنه تحقق ممن أطلق النار عليه . وأنه هو المتهم بذاته ، إلى غير ذلك من الأدلة على ارتكاب فعل الجريمة . ثم يحصل من هذه الظروف ثبوت فعل القتل على الجانى ، ثم يطابقه على ما اشترط القانون فى هذا الفعل من كونه قد أحدث الموت ، ومن كون المجنى عليه إنساناً كان على قيد الحياة . ثم ينظر نظرة أخرى فى ظروف هذا القتل وملابساته فيقيد مثلا أن المتهم كان يرتقب مرور القتيل عليه وأن له ثأراً عنده ، وأنه أطلق النار عليه وهو جد قريب منه فأصابه فى صدره فمات بعد بضع دقائق . فإذا استنتج من ذلك أنه كان ينتوى القتل ، طابق هذا الذى حصله على حكم القانون فى هذه النية من كون الجانى قد قارف فعل القتل بنية إحداث الموت عالماً بأن هذا الفعل

---

(١) وهو رأى جارسون (فقرة ٥١٩ تحت المادة ٢٧٩ الخاصة بالسرقة) ورأى جارو (تحقيق الجنايات جـ ٥ ص ٣٤٠ وما بعدها) وعكس ذلك فوستان هيلى (تحقيق جنائى جـ ٥ فى المسألة ٢٢٦٧ ص ٣٧٧) .

مميت ، فإن انطبق حكم القانون على حاصل النية أمضى فى المتهم العقوبة التى يستحقها على هذا القتل العمد .

ولن ترى فيما تقرؤه من أحكام المحاكم أنها تجرى فى تكييف فهم الواقع فى مساءلة الجانى ، المساءلة النفسية ، على ما رأيت من الوضوح والظهور ، بل كثيراً ما يكتفى قاضى الدعوى بما يورده فى حكمه من أن المتهم قد تعمد القتل أو نوى السرقة ، أو أنه لم يتضح له من وقائع الدعوى وظروفها أنه كان للمتهم قصد جنائى فى ارتكاب ما ثبت عليه ، أو أنه لم يكن سيئ القصد . وإذن فمن حقك أن تتساءل عما ينبغى لمحكمة النقض أن تراقبه فى تكييف القصد الجنائى وكيف تقوم بهذه الرقابة ؟ .

المتأمل فى أحكام محكمتى النقض الفرنسية والمصرية يراهما تجريان فى الرقابة على تكييف القصد الجنائى — بوجه عام — على مقتضى القواعد الآتية :

(١) قاضى الموضوع — بوجه عام — يفصل نهائيا فى مسألة وجود القصد الجنائى وعدم وجوده .

(٢) ولمحكمة النقض أن تقضى بنقض الحكم المطعون فيه كلما تبين لها من أسبابه أن فى القول بمساءلة الجانى أو بعدم مساءلته خطأً فى القانون .

(٣) ولها كذلك أن تقضى بنقض الحكم المطعون فيه فى حالة وجود تناقض ظاهر بين بعض الظروف المادية التى أثبتها قاضى الموضوع بما له من السلطة التامة فى تقديرها ، وبين النتيجة المباشرة التى استخلصها منها .

(٤) وتحكم كذلك بالنقض فى حالة وجود تناقض بين الظروف المادية التى أثبتها قاضى الموضوع فى حكمه وبين طبيعتها القانونية التى يجب أن تقرر لها وتوصف بها قانوناً .

(١) القاعدة الأولى : وقد استقينا القاعدة الأولى من أحكام كثيرة ، منها

ما أصدرته محكمة النقض الفرنسية بشأن القصد الجنائى فى جريمة السرقة[١] وفى جرائم النشر[٢] وفى جريمة القتل[٣] ، ومنها ما أصدرته محكمة النقض المصرية فى جريمتى القتل[٤] والنصب[٥] .

(٢) وقرأنا القاعدة الثانية فى أحكام أُخَر ، منها حكم ٢٩ يونيه سنة ١٨٦٢ الذى قالت فيه محكمة النقض الفرنسية إنه إذا كان لقاضى الموضوع — فى مادة النصب — السلطة التامة فى تقدير الظروف النافية عن التهمة وصفها الجنائى والمانعة من العقاب عليها ، فرأيه الذى يقرر به براءة المتهم على هذا الأساس يخضع لرقابة محكمة النقض متى كان فى واقع الأمر نتيجة لتطبيق خاطئ فى القانون . وقد كان الحكم المطعون فيه نفى عن المتهم القصد الجنائى ، لأنه كان يجهل أنه فيما اقترفه كان يصطنع الغش والاحتيال على المجنى عليه ؛ فلما نقضته محكمة النقض نوهت عن هذا الخطأ بقولها إنه لا يكفى فى استبعاد القصد الجنائى أن يكون المتهم قد اعتقد — جهلا منه — أن القانون لا يحرم عليه ارتكاب ما اقترف[٦] . ومنها حكم صادر فى ٧ سبتمبر سنة ١٨٥٥ قضى بنقض حكم آخر نفى فيه قاضى الموضوع القصد الجنائى عن موظف بمصرف اتهم بسرقة أوراق مالية سقطت من محفظة أحد أصحاب هذا المصرف بساحة مكتب من المكاتب فالتقطها المتهم ولم يبلغ عنها . وقد بنى حكم البراءة على أن المتهم ما كان يعلم وقت التقاطه هذه الأوراق أنها ملك صاحبها حتى يصح القول بأنه إنما اختلس مالاً مملوكاً لغيره .

---

(١) ٢٥ يوليه سنة ١٩٠١ (د ١٩٠٣ — ١ — ٤٦٢) و١٣ مارس سنة ١٨٨٦ (د ٨٧ — ١ — ٢٨٥) و٢٣ أغسطس سنة ٩٤ (د ٩٥ — ١ — ١٩١) .

(٢) بواتفان « المطبوعات » فقرة ٧٣٥ .

(٣) شوفرون ص ٨٣ هامش ٤ .

(٤) القضاء الجنائى رقم ١١ و ١٤ ص ١٤٨ .

(٥) ن . م أول يوليه ١٩١٦ (مج ١٨ ص ١) .

(٦) حكم ٢٩ يونيه سنة ١٨٦٢ (المجموعة الجنائية رقم ١٥٩) وقد ذكره شوفرون فى هامش ١ص ٨٤ وجارو جـ ٥ ص ٣٤٢ هامش ٤٣ .

فقالت محكمة النقض : إن فى تأسيس نفى القصد على هذه العلة مخالفة ظاهرة للقانون ، لأنه حتى إذا سلم بانتفاء علم المتهم بأن ما التقطه ليس مالكا لصاحبه فلا يمكن أن يترتب على ذلك انتفاء علمه بأنه تملك ما ليس له إضراراً بمن هو له ولو لم يكن هو يعرفه فى الواقع[١] .

ومنها حكم محكمة النقض المصرية الذى أصدرته فى ٣ يونيه سنة ١٩١١ وواقعته أن النيابة اتهمت جماعة من الرهبان بسرقة نقود وأوراق ومستندات لقسيس كان يعيش معهم فى دير من الأديرة التابعة لكنيسة الأقباط الأرثوذكس ، وذلك بطريق الإكراه ، فحكمت محكمة الجنايات ببراءتهم من السرقة (بناء على أنهم كانوا يعتقدون أنه لا يصح لراهب أن يحوز مالا ما ، وأن ما يحوزه من مال يجب رده إلى الدير الذى يعيش به) ، واعتبرت ما حصل منهم من التعدى على القسيس ضرباً عاقبتهم عليه . طعنت النيابة فى هذا الحكم فنقضته محكمة النقض معتمدة فى ذلك — فيما اعتمدت عليه — على أنه مع فرض التسليم بقيام نيتهم هذه ومهما كان لها من الاعتبار ، فانه لا يمكن أن يكون لها بذاتها نتائج مدنية ، ثم إن استنتاج النية السليمة من اعتقاد المتهمين بأنهم لم يقصدوا إلا رد ما أخذوه إلى ملك الدير هو استنتاج خاطئ قانوناً لمخالفته القواعد المنصوص عليها فى القانون المدنى بشأن الملكية ولحكم المادة ٢ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية التى جاء فيها أنه لا يقبل من أحد اعتذاره بعدم العلم بما قضت به القوانين والأوامر العالية من يوم وجوب العمل بمقتضاها[٢] .

(٣) وقد قرأنا القاعدة الثالثة فى كثير من أحكام محكمة النقض الفرنسية وبعض أحكام محكمة النقض المصرية . فمن أحكام المحكمة الفرنسية حكم

---

(١) حكم ٧ سبتمبر سنة ١٨٥٥ (د ٥٥ — ١ — ٣٨٤) واقرأ أحكاما أخر فى جارسون (فقرة ٥١٣ تحت المادة ٣٧٩ عقوبات) . وفى هذا المعنى حكم ١٤ مايو سنة ١٨٨١ (س ٨٢ — ١ — ٣٣١ وبالهامش أحكام أخر) .

(٢) الحكم رقم ٣١ (القضاء الجنائى) تحت المادة ٢٢٩ .

لها أصدرته فى ٢٨ يونيه سنة ١٨٦٢ نقضت به حكم محكمة استئناف قضى بتبرئة متهمين بنصب بعد أن أثبت عليهم أفعال الجريمة المسندة إليهم و بنى براءتهم على أنه لا شيء فى وقائع الدعوى يسمح بالاعتقاد بتوافر القصد الجنائى عندهم ، وقد جاء فى حكم النقض أنه إذا كان لحاكم الاستئناف حق تقدير ظروف الدعوى التى يمكن أن تنفى عن وقائع التهمة كونها جريمـة يعاقب عليها القانون ، فان قضاءها ببراءة المتهم إنما يقع تحت رقابة محكمة النقض إذا تناقض مناقضة ظاهرة مع ظروف الدعوى الثابتة بالحـكم أو كان نتيجة لخطأ فى تطبيق القانون[١] . ومنها حكم فى ٢٥ فبراير سنة ١٨٦٩ نقضت به حكم قاضى الموضوع الصادر ببراءة متهم بسرقة ، وقد جاء به أن مسألة القصـد الجنائى هى من خصائص قاضى الدعوى يفصل فيها فصلا نهائيا لا معقب عليه إلا إذا تناقض الحـكم مع ظروف الدعوى الثابتة به[٢] . ومنها حكم فى ١٤ مايو سنة ١٨٨١[٣] نقضت به حكما صادراً ببراءة متهمين بنصب بعد أن أثبت عليهم أنهم ارتكبوا ما أسند إليهم من أفعال الجريمة ، مستنداً فى تبرءتهم إلى ما قاله من أن مراكزهم الاجتماعية وتزكيتهم بحسن السيرة والاستقامة قد نفى عنهم القصد الجنائى . وقد صيغت قاعدة حكم محكمة النقض على الصورة الآتية : إذا كان لقاضى الموضوع أن يقدر تقديراً نهائيا ظروف الأحوال التى يمكن أن تنفى عن الوقائع المسندة للمتهم كونها جريمة يعاقب عليها القانون de tout caracteré de criminalité ، فان رأيه فى ذلك يكون خاضعاً لرقابة محكمة النقض متى تناقض مناقضة ظاهرة مع تلك الظروف التى أثبتها الحـكم المطعون فيه[٤] .

ومن أحكام محكمة النقض المصرية ما أصدرته فى ٣ يونيه سـنة

(١) ٢٨ يونيه سنة ١٨٦٢ (س ٦٢ ـــ ١ ـــ ٦٢٦) .
(٢) ٢٥ فبراير سنة ١٨٦٩ (د ٦٩ ـــ ١ ـــ ٣٢٩) .
(٣) ١٤ مايو سنة ١٨٨١ (س ٨٢ ـــ ١ ـــ ٣٣١) .
(٤) راجع بهذا المعنى حكم ٢ مارس سنة ١٨٨٦ وقد ذكره جارسون فى فقرة ٨٦ تحت =

١٩١١[(١)] و ١٤ ديسمبر سنة ١٩١٢[(٢)] وأول يوليه سنة ١٩١٦[(٣)] و ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢١[(٤)] و ١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٨[(٥)] و ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٣٢[(٦)] ، وقد صاغ أول هذه الأحكام القاعدة الثالثة المتقدمة الذكر فقال : « إذا صح أن يقال إن وجود القصد الجنائى فى تهمة سرقة يفصل فيه قاضى الموضوع نهائيا ، فانه يصح أيضاً أن يقال إن الوقائع التى أثبتها ذلك القاضى إذا كانت مناقضة لما استنتجه منها من جهة القصد الجنائى فلمحكمة النقض الفصل فى ذلك التناقض . وفى هذه الحالة تحترم محكمة النقض الحكم فيما هو خاص بالموضوع بأن تأخذ الوقائع الثابتة فيه وتكتفى بأن تعطيها من جهة القصد معناها الحقيقى ووصفها القانونى الصحيح وأن تصحح الخطأ فى تطبيق القانون » .

ثم صيغت هذه القاعدة صياغة أخرى فى حكم ١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٨ حيث قال : « إن مسألة تعمد القتل مسألة موضوعية محضة لم يرد بالقانون تعريف لها ، وهى زيادة على ذلك أمر متعلق بالإرادة لا يشترط أن يتوافر حتما من ظرف معين بل يرجع أمر توافره إلى سلطة قاضى الموضوع وحده من جهة تقدير الوقائع ، فله أن يستخلصه ويثبت توافره استقلالا وخارجاً عن البيانات التى يثبتها فى حكمه للأركان المادية الظاهرة . وليس فى وسع محكمة النقض ، متى كان الأمر كذلك ، أن تتدخل فى بحث هذه المسألة ، اللهم إلا فى حالة وجود تناقض ظاهر فى هذا الشأن بين بعض الظروف المادية التى يثبتها قاضى الموضوع بما له من الاستقلال فى التقدير ، و بين

= المادة ٣٩٥ عقوبات ، وحكم ٢٨ مايو ١٨٨٧ (د ٨٧ — ١ — ٢٠٣) وأحكاما أخر ذكرها جارسون تحت المواد ١٤٥ و ١٤٦ و ١٤٧ ص ٣٢٦ ، وأحكاما أخر أوردها شوفرون بهامش الصحف ٨٧ ، ٨٨ ، ٨٩ ، ٩٠ .

(١) مج س ١٢ ص ٢٧٥ .

(٢) مج س ١٥ ص ٤١ .

(٣) مج س ١٨ ص ١ .

(٤) مج س ٢٣ ص ١١٦ .

(٥) القضية رقم ١٧٦٢ سنة ٤٥ قضائية ومجموعة القواعد القانونية جـ ١ رقم ١٣

(٦) القانون والاقتصاد س ٣ رقم ٤٣ .

النتيجة المباشرة التى يستخلصها منها ، لأن وجود مثل هذا التناقض الصريح — حتى ولو كان خاصاً بالموضوع — من شأنه أن يلحق بالحكم بطلاناً جوهرياً[1] » .

ثم صيغت صياغة أخرى فى حكم ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٣٢ فقيل : « إن نية القتل مسألة موضوعيــة بحتة لقاضى الموضوع تقديرها بحسب ما يقوم لديه من الدلائل ، ومتى قرر أنها حاصلة للأسباب التى بينها فى حكمه فلا رقابة لمحكمة النقض عليه ، اللهم إلا إذا كان العقل لا يتصور إمكان دلالة هذه الأسباب عليها » .

(٤) والقاعدة الرابعة قد استفادها (شوفرون) من حكمين أصدرتهما محكمة النقض الفرنسية[2] . وقد جاء فى كليهما مع اختلاف يسير فى التعبير : إن تقدير قاضى الموضوع للأحوال النافية لجنائية الحادثة هو تقدير نهائى ، إلا إذا تناقضت النتيجة التى استخلصها من هذه الأحوال مع وصفها القانونى الخاص بها avec le caractère legal qui leur appartient . وهذا التعبير على ما يقول (شوفرون) غير واضح ، بل هو لا يعطيك غير معنى التناقض الذى حدثتك عنه القاعدة الثالثة السابقة الذكر ، إذ التناقض لا يتصور حصوله حقيقة بين ظروف الدعوى و بين النتيجة التى تستخلص منها و إنما يتصور بين الذى استنتجه قاضى الموضوع من هذه الظروف و بين ما يستنتجه المنطق الصحيح منها ، وهو ما أريد التعبير عنه بقوله : « ومع وصفها

---

(١) صدر هذا الحكم برفض الطعن وقد جاء فيــه بعد إيراد القاعدة المنقولة فى المتن : « إنه خلافا لمـا ذهب إليه الطاعن لا تناقض فى الحكم فيما أثبته من أن التعدى الحاصل من الطاعن لم يقع منه إلا بقصد التخلص من قبضة المجنى عليه لأن هذه العبارة إنما تتعلق بالغرض . . . . . » فلم تتعرض لمسألة توفر تعمد القتل التى تعرضت لها محكمة الجنايات . وفضلا عن ذلك فان الأسباب التى عوجبها سلم بتوفر ركن تعمــد القتل . . . . تعتبر من قبيل المسائل الموضوعية . . . . » ولا نشك فى أن محكمة النقض أرادت أن تقول إن محكمة الموضوع قد بينت ظروف الأحوال التى استخلصت منها ما كان لدى المتهم من نيــة ، وإنها لم تخطئ قانوناً فى تكييف هذه النية والحكم عليها بأنها نية قتل تجعل التعدى شروعاً فى قتل لا ضرباً بسيطاً .

(٢) هما حكم ٢ يناير سنة ١٩٠٣ (س ٩٠٤ — ١ — ٥٧) فى مادة فك ختم . وحكم سنة ١٨٥٧ (د ٥٧ — ١ — ٣١٧) فى خيانة أمانة (راجع شوفرون ص ٩٠) .

القانونى الخاص بها » وهذا يكاد يكون معنى القاعدة الثالثة .

وقد اقتبست محكمتنا المصرية هاتين القاعدتين فى حكمها الصادر فى ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢١ فقالت فيه : « وحيث إنه لاشك فى أن لمحكمة الموضوع الحق فى تقدير قيمة الأدلة الموجودة فى الدعوى والحكم فيما إذا كانت الجريمة ثابتة أم لا ، ولكن يجب مع ذلك أن تبين الوقائع فى حكمها بيانا كافيا حتى يتسنى لمحكمة النقض معرفة ما إذا كان الوصف الذى أعطاه قاضى الموضوع للواقعة مبنيا على استنتاج ممكن ومعقول ، فإذا كانت الوقائع المبينة بالحكم لا تتفق إلا مع نتيجة مختلفة عن التى أثبتها قاضى الموضوع فمن الواجب على محكمة النقض أن تقضى بتعديل الحكم حتى تجعل الوصف متفقا مع الوقائع الثابتة بالحكم . وحيث إن الدليل الوحيد الذى قام فى هذه الدعوى لثبوت تهمة السرقة هو أن المتهم باع جملين من الجمال المسروقة وعدم إثبات حيازته لهما بغير طريق السرقة . وحيث إن حيازة الشىء المسروق وعدم إمكان إثبات مصدره يمكن أن يعتبر فى حد ذاته دليلاً على ارتكاب جريمة إخفاء الأشياء المسروقة ، ولكن لا يمكن اعتباره دليلاً على السرقة إلا إذا كان هناك ظروف أخرى يمكن بواسطتها إيجاد رابطة بين المتهم والسرقة . . . » إلى أن انتهت من وصف التهمة وجعلها إخفاء أشياء مسروقة [١] .

فمذهب المحكمتين فى هذه الأحكام يتحصل إذن فى أن قاضى الموضوع إذا اكتفى فى حكمه بالتقرير بوجود القصد الجنائى أو بعدم وجوده فإن حكمه يكون غير خاضع لرقابة محكمة النقض ؛ أما إذا عنى بتسبيب حكمه بإيراد ظروف الأحوال والملابسات التى حصّل منها فهمه فى القصد الجنائى فإن حكمه عندئذ يخضع لهذه الرقابة فينقض متى بنى على اعتبارات قانونية خاطئة أو كان موجب هذه الظروف

(١) راجع حكم ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢١ (مج س ٢٣ ص ١١٦) ونشرت قاعدته فى رقم ١٣٦ من كتاب القضاء الجنائى تحت المادة ٢٢٩ ص ٢٢٠ ، وقد أوردنا هذا الحكم هنا لتعلق ما فيه بما نحن بصدده ، وإن كان فى جوهره خاصاً بتكييف الركن المادى .

الثابتة بالحكم مناقضا مناقضة ظاهرة لتلك النتيجة التى استخلصها القاضى من هذه الظروف .

٦٦ — *تحليل ذلك ونقده* : أما القول فى القاعدة الأولى بأن مسألة ثبوت القصد الجنائى وعدم ثبوته مما يفصل فيه قاضى الموضوع فصلاً نهائياً لا معقب عليه ، فلم يكن معناه — فى الأحكام التى استشهدنا بها — أن قاضى الموضوع حرّ فى تحصيله فهم الواقع فى مسألة نية الجانى من جميع عناصر التحقيق وظروف الأحوال ، بل كان معناه — على ما يظهر — أن القصد الجنائى أمر نفسى لا يثير مسألة قانونية : ولهذا رأينا محكمة النقض قد اكتفت — فى الأحكام التى استشهدنا بهـا على تقرير القاعدة الأولى — بما كان قرره قاضى الدعوى فى حكمه من أنه لم يظهر له من فحص وقائع الدعوى أن المتهم كان سيئ النية (ن . ف ٢٥ يوليه سنة ١٩٠١ السابق الذكر) . وهـذا النظر يقرب فى جملته — على ما يظهر — من رأى فوستان هيلى فيما ذهب إليه من وجوب التفرقة فى حكم التكييف بين العنصر المادى للجريمة وعنصرها النفسى حيث قال : ينبغى أن يحصر التكييف فى إعطاء العنصر المـادى للجريمة مجرداً عن القصـد الجنائى الوصف القانونى المناسب له . أما تقرير قاضى الموضوع وجود القصـــد الجنائى أو بعدم وجوده فإنه يكون تقريراً فى مسألة واقعية ، وعلى هـذا لا ينبغى لمحكمة النقض أن تناقشه فى هـذا الشأن بحجة ما ، حتى بعلة التناقض بين أسباب الحكم وموجبها[1] .

وعندنا أن هذا النظر واضح الخطأ من الناحيتين العملية والنظرية : فأما من الناحية العملية ، فلأن مراقبة محكمة النقض لا تؤتى ثمرتها على الوجه الأكمل إلا إذا وجب تسبيب الأحكام تسبيباً كاملاً ، سواء فيما يتعلق بواقع الدعوى أو بما يقتضى تطبيقه من القواعد القانونية على هذا الواقع ، والقول بالاكتفاء من قاضى الموضوع

(١) فوستان هيلى طبعة ثانية جـ ٥ فى المسألة ٢٢٦٧ ص ٣٧٧ .

بالتقرير بوجود القصد الجنائى أو بعدم وجوده ، اعتباراً بأن ذلك مسألة واقعية ، لا شك فى أنه يغرى هذا القاضى بعدم تسبيب حكمه فى هذه المسألة مخافة أن يجر عليه التسبيب رقابة محكمة النقض فتقضى بنقض حكمه كلما استبان لها من أسبابه أن فيها مثلاً تناقضاً بين الظروف الواقعية الثابتة فيه والقصد الجنائى الذى استخلصه هو من هذه الظروف .

أما من الناحية النظرية فالأمر فيها يحتاج إلى تفصيل : إن التكييف قانونا هو مطابقة الفعل المقترف على ماله من تعريف فى القانون ، وطبيعة هذه المطابقة تقتضى أن يكون ثمة فعل إجرامى يراد معرفة ما يصح اطلاقه عليه من اسم قانونى يعرف به ويتميز به عن غيره وأن يكون للاسم القانونى الذى يراد إطلاقه على الفعل المقترف مدلول قانونى متميز عن غيره ، ثم تحصل المطابقة بين هذا المدلول وذلك الفعل ؛ ولا وجه فى النظر للتفرقة فى هذه المطابقة بين العنصر المادى للجريمة وعنصرها النفسى ، لأن القاضى يجب أن يكون له نوع فهم فى كل منهما ، ومادام تعريف الجريمة يشمل العنصرين فلا بد من رد فهم الواقع فى كل منهما إلى حكم القانون فيه ؛ ونتيجة هذا التفصيل أن التكييف فى العنصرين هو عمل قانونى يجب أن تراقبه محكمة النقض .

نعم إن القاضى يحصل فهمه فى مساءلة الجانى النفسية باستدلال عقلى لا دخل للقانون فيه فهو أمر واقعى صرف (ولا شبهة عندنا فى ذلك) ، ولكن القاضى لا ينتقل طفرة من هذا الاستدلال وتحصيل فهمه منه إلى توقيع العقاب على الجانى ، لأنه لا يقول مثلاً إن المتهم قد أخذ الأوراق المالية التى التقطها من أرض إحدى مكاتب المصرف (القضية التى أصدرت فيها محكمة النقض الفرنسية حكمها المؤرخ فى ٢٧ سبتمبر سنة ١٨٨٥) ، وإنه كان يقصد ارتكاب جريمة السرقة فيكون عليه عقابها ، بل يقول إنه قد أخذ هذه الأوراق بقصد اختلاسها وارتكاب جريمة السرقة فيكون عليه عقابها ؛ ومعنى هذا أن القاضى بعد أن يثبت على الجانى فعل

الأخذ ينظر فيما إذا كان هذا الأخذ ينطبق عليه تعريف الاختلاس قانونا أو لا ينطبق ، وهو فى هذا النظر مضطر إلى مطابقة ما كان للمتهم من نية فى هذا الأخذ على تعريف القصد الجنائى فى السرقة فإن انطبق عليها أوقع العقاب على الجانى ؛ ولهذا كان تكييف العنصر النفسى فى الجريمة — عندنا — هو مطابقة ما استخلصه قاضى الموضوع من نية المتهم على تعريف هـذه النية الخاصة فى القانون ، فليس فى التكييف على هـذا الوضع أى تدخل فى واقع الدعوى كما ظن فى الرأى المخالف .

ولك أن تقول — زيادة فى الشرح — إن تكييف القصـد الجنائى يقطع فى مذهبنا ثلاث مراحل : فى الأولى منهـا يحصل قاضى الموضوع فهم الواقع فى الدعوى من ناحية ما اشتملت عليه من ظروفها المادية ، وفى الثانية يحصل فهم حالة الجانى النفسية مستدلاً عليهـا بهذه الظروف ، وفى المرحلة الثالثة من هذه المراحل يطبق هذا الذى حصله من حالة الجانى النفسية على حكم القانون فى هـذه الحالة ؛ ولا شك أن اجتهاد القاضى فى هذه المرحلة الأخيرة هو اجتهاد فى القانون مما يخضع لرقابة محكمة النقض .

وأما القاعدة الثانية — التى محصلها أنه ينبغى لمحكمة النقض أن تقضى بنقض الحكم المطعون فيه كلما تبين لها من أسبابه أن قاضى الموضوع قد أخطأ خطأً قانونيا فى القول بمساءلة الجانى عما اقترف أو بعدم مساءلته — فهى قاعدة صحيحة ، و إن كان بعض الأحكام لم يحسن صياغتها أو خلط بينهـا و بين القاعدة الثالثة أو بينها و بين الرابعة . ذلك بأنه ما دام القصـد الجنائى له تعريف عام أو خاص ، وما دام على قاضى الدعوى أن يكيف حاصل فهمه فى مساءلة الجانى بهذا التعريف ، فمحكمة النقض ينبغى لهـا أن تنظر فيما إذا كان هـذا القاضى قد أخطأ فى هذا التكييف برد حاصل فهمه إلى تعريف غير صحيح أو لم يخطىء ، فإن رأته قد أخطأ نقضت الحكم و بنت حكمها هى على وقوع الخطأ فى تكييف القصد الجنائى ، الذى هو خطأ

فى القانون لا محالة . فإذا فرضت أن القصد الجنائى فى الواقعة يمكن تعريفه بأنه إرادة الجانى وعلمه أنه يرتكب الجريمة الفلانية المعاقب عليها قانونا ، فان محكمة النقض متى لاحظت أن قاضى الدعوى قد صدر فى حكمه عن تعريف آخر غير صحيح أو أنه خلط مثلا بين القصد الجنائى والباعث على ارتكاب الجريمة ، فإنها تنقض الحكم المطعون فيه لا محالة .

وليس من الضرورى أن يصرح قاضى الموضوع بالتعريف القانونى الذى اختاره للقصد الجنائى وأجرى التكييف على موجبه ، بل يكفى أن يشهد عليه بأنه أخطأ . ولهذا رأيت محكمة النقض الفرنسية تنعى فى حكمها المؤرخ فى ٢٩ مايو سنة ١٨٦٢ المتقدم الذكر على محكمة الموضوع خطأها فيما سببت به حكم البراءة — الذى أصدرته مؤسساً على انتفاء القصد الجنائى — من أن المتهم بالنصب كان يجهل أنه فيما اقترفه كان يصطنع الغش والاحتيال على المجنى عليه ، وكما نعت فى حكمها المؤرخ فى ٧ سبتمبر سنة ١٨٥٥ على قاضى الموضوع خطأه فيما قاله فى حكم البراءة — المؤسس كذلك على انتفاء القصد الجنائى — من أن المتهم بسرقة الأوراق المالية كان يجهل عند التقاطها أنها ملك صاحبها . ورأينا كذلك محكمة النقض المصرية فى حكم ٣ يونيه سنة ١٩١١ تصرح بخطأ محكمة الجنايات فيما قالته بشأن قصد أولئك الرهبان الذين أخذوا بالإكراه أموال قسيس منهم معتقدين أنهم إنما كانوا يبتغون رد ما أخذوه على الكنيسة ليس إلاّ .

وأنت لو تأملت فى كل هذه الأحكام وما ماثلها لرأيت حقا أن الخطأ الذى يكون قاضى الموضوع قد وقع فيه إنما هو خطأ فى التكييف بوضعه تعريفاً خاطئاً للقصد الجنائى أو بخلطه بين هذا القصد و بين الباعث على ارتكاب الجريمة ، ثم بتكييفه حاصل فهمه فى الدعوى على موجب هـذا التعريف الخاطئ . نعم إنك قد لا تجد فى بعض هذه الأحكام ذكراً للفظ التكييف ولا للخطأ فيه ، ولكن

عدم استعمال هذا اللفظ لاينفى أن الخطأ الذى تشير إليه إنما هو قد وقع فى تعريف القصد الجنائى فى إجراء التكييف على موجبه ثم فى إنزال حكم القانون على حاصل التكييف الخاطئ مما يسرى بالفساد إلى الحكم برمته[(١)] .

أما القاعدتان الثالثة والرابعة اللتان تذرعت بهما محكمة النقض الفرنسية فى نقض الأحكام المتقدمة الذكر وما ماثلها وحذت محكمتنا المصرية حذو تلك المحكمة فيما أصدرته هى من أحكامها كذلك ، فلا نرانا بحاجة إليهما فضلا عما فيهما من غموض .

ونظن أن الذى ألجأ محكمة النقض إلى نقض الأحكام المطعون فيها وتعليل أحكامها هى بما رأته فى أسباب تلك الأحكام من تناقض ، إنما هو ما راعها فى هذه الأحكام من أنها صادرة بالبراءة على رغم ما جاء فيها من بيان وقائع الدعوى بياناً دالا دلالة أكيدة على توافر القصد الجنائى لدى المتهمين ، ولذلك أقدمت على نقض الأحكام المطعون فيها ، لا على أساس أنها هى قد وقعت منها على

---

(١) ولو شئنا لأطلعناك فى هذا المقام على أحكام كثيرة أصدرتها دائرتنا الجنائية راقبت فيها تكييف القصد الجنائى الحاصل فهمه فى الدعوى بتعريفه القانونى ثم نقضت أحكاما أصدرتها محكمة الموضوع خالفت فيها التعريف الحق للقصد الجنائى ، ولأريناك أحكاما أخر راقبت فيها هذا التكييف من ناحية قصور الأحكام عن بيان ما يدل على أن قاضى الموضوع قد اشتغل بتحصيل القصد الجنائى ثم بتكييفه على موجب تعريفه القانونى الصحيح . ولكنا مع ذلك نشير بمراجعة الأحكام الآتية فى مجموعة القواعد القانونية جـ ١ : الحكم رقم ١٧٨ الخاص بالقصد الجنائى فى جريمة السرقة ورقم ٦٧ و ٦٩ و ٩٩ و ٢٢٥ فى نية القتل العمد ورقم ٣٢٤ فى قصد السرقة .

ولا يقدح فى ذلك ماقررؤه فى بعض الأحكام — التى أصدرتها محكمتنا المصرية بخصوص بعض الجرائم التى يكون فيها معنى القصد الجنائى هو مجرد إرادة ارتكاب الفعل الجنائى — من أن ركن العمد فيها هو مسألة موضوعيه محضة يمكن استخلاصها ضمنا من تسليم قاضى الموضوع بصفة علمة بثبوت الواقعة المعاقب عليها (الحكم رقم ١٤ فى بيان القصد الجنائى فى الجرائم المنصوص عليها فى قانون المواد المخدرة) لأن هذه الأحكام تقرر أنه لايشترط لتوفر ركن العمد إلا مجرد العلم والإرادة ولايفتقر تحققه إلى فكر تدليسى أو قصد سيئ خاص ، وكأنها تقول إن الخطأ فى تكييف القصد الجنائى فى هذه الجرائم لا يكاد يقع لأن هذا القصد يعتبر قائماً بمجرد التسليم بثبوت صدور الفعل الجنائى عن الجانى عن علم وإرادة ثابتين فى الدعوى .

خطأ فى التكييف وأن لهـا الرقابة على التكييف فى القصـد الجنائى وأن الخطأ فيه خطأ فى القانون ، كما كان ينبغى أن يقال ، بل على أساس آخر هو — على ما يظهر — ما وقع فى تلك الأحكام من تناقض أنزلها منزلة الأحكام الخالية من الأسباب . وهذا الظاهر — لو صح — لا نستطيع معه أن نقول إن محكمة النقض تراقب التكييف فى القصد الجنائى ، وإنما نستطيع أن نقول إنها إنما راقبت تطبيق القاعدة الشكلية التى أوجب بها القانون على القضاة تسبيب الأحكام التسبيب الكافى وإلا كانت لغوا .

لو صح هـذا الظاهر تكون محكمة النقض قد تدخلت على نوع ما فى بحث مسألة القصد الجنائى ، بغير أن تظهر أنها قد تدخلت فيها حتى لا يعاب عليها أنها لم تحسن التمييز بين ما هو من فهم الواقع وما هو من فهم حكم القانون فى هذا الواقع . ومهما يكن الأمر فقد تمكنت محكمة النقض بهاتين القاعدتين من نقض كثير من الأحكام الخاطئة .

وقبل أن نبين لك أن محكمة النقض كانت تستطيع نقض تلك الأحكام المعيبة وبناء قضائها على وقوع خطأ فى القانون ليس إلا ، ينبغى أن نعالج الـكشف عما أرادته محكمة النقض من ذلك « التناقض » وعما يمكن أن يراد به فنقول : قال (شوفرون)[1] إنه يظهر له أنه من الصعب معرفة ما الذى أرادته وتريده محكمة النقض من قولها : « إن فى تقدير الحـكم المطعون فيه للوقائع النافية للقصد الجنائى تناقضاً ظاهراً بين تلك الوقائع المـادية الثابتة بالحكم وما يجب أن يعطى لهـا من وصف قانونى » .

(avec les caractères legaux qui appartiennet aux circonstances appréciées par cet Arrêt).

قال ولعلها أرادت من هذا القول ما أرادته من قولها الآخر : « إن الحـكم المطعون فيه قد تناقض مع الوقائع المـادية الثابتة به » فتكون القاعدتان بمعنى واحد ..

(١) شوفرون ص ٩٠

ولعل مما يؤكد هذا القول أن محكمة النقض الفرنسية كانت تتناوب استعمال القاعدتين فى ظروف مماثلة : خذ لذلك مثلا حكميها الصادرين فى ٢٨ يونيه سنة ١٨٦٢ و ١٤ مايو سنة ١٨٨١ وحكمها الصادر فى ٢ يناير سنة ١٩٠٣ ، فقد قالت فى حكميها الأولين إن تقرير قاضى الموضوع بنفى القصد الجنائى عن المتهم إنما يقع تحت رقابتها لتناقضه مناقضة ظاهرة مع ظروف الدعوى الثابتة بالحكم المطعون فيه ، وقالت فى حكمها الأخير إن تقدير قاضى الموضوع لظروف الأحوال النافية لجنائية الحادثة يقع تحت رقابتها إذا تناقضت النتيجة التى استخلصها من هذه الأحوال مع وصفها القانونى الخاص بها .

ولا معنى لتناقض الحكم مع الوقائع المادية الثابتة إلا أن هذه الوقائع تنتج نتيجة منطقية مناقضة لتلك النتيجة التى انتهى إليها قاضى الدعوى وأنزل حكمه على مقتضاها . وإذا صح هذا وهو صحيح تأكد لك ما قلناه من أن محكمة النقض قد توارت تحت ستار القول بهذا التناقض حتى تأمن الاعتراض عليها بأنها إذ تطرح النتيجة التى انتهى إليها قاضى الموضوع بعد فحص وقائع الدعوى ثم تستبدل بهذه النتيجة النتيجة المنطقية التى تنطق بها هذه الوقائع ، تكون قد تدخلت فى الموضوع نوع تدخل لا حق لها فيه .

وفى الحق أن هذا الاعتراض لا يندفع إلا إذا قلت بأن التكييف يجرى فى القصد الجنائى للجريمة كما يجرى فى العنصر المادى منها وأنه يتحقق بمطابقة ما استخلصه قاضى الموضوع من الوقائع الثابتة فى الدعوى ، دالا على حالة الجانى النفسية ، على ما للقصد الجنائى فى هذه الجريمة من تعريف ، فإن رأت محكمة النقض أن النتيجة التى وصل إليها القاضى بعد إجراء هذا التكييف لا تنطبق على حكم القانون تبينت أن هناك خطأ فى التكييف لا محالة يوجب نقض الحكم . ولعل هذا المعنى هو الذى لحته محكمة النقض وأرادت التعبير عنه بالقاعدة الرابعة فى مداراة وضعف .

٦٧ — ومن كل هذا يتبين لك أن القول بالتناقض بنوعيه لا أساس له

من النظر الفقهى وأن الأوجه هو الاكتفاء بالقاعدة الثانيــة التى تبرز التكييف وتجعل الخطأ فيه خطأ فى القانون يعيب الحكم ويوجب نقضه .

وإنك لتستطيع أن تقيم أحكام المحكمتين السابقــة الذكر على مجرد وقوع الخطأ فى القانون : فنى جناية السرقة التى اتهم فيها أولئك الرهبان وحكمت محكمة الجنايات بتبرئتهم من تهمة السرقة ، كان خطأ حكم هذه المحكمة واقعاً فى مطابقة نيتهم المبنية على اعتقادهم الدينى ، على تعريف نية الاختلاس فى السرقة ، وكان يصح لمحكمة النقض أن تبنى حكمها على وقوع خطأ فى القانون — كما فعلت وذكرته فى صــدر حكمها — وألا تحشر فى أسبابه قاعدة التناقض التى نقلتها تقليداً عن حكم محكمة النقض الفرنسية . وكذلك فى واقعتى النصب اللتين صدر فيهما الحكمان المؤرخان فى ٢٨ مايو سنة ١٨٦٢ و ١٤ مايو سنة ١٨٨١ كان يمكن بناء الحكمين على وقوع خطأ فى تكييف القصــد الجنائى مصدرُه اعتماد الحكم المطعون فيه على تعريف غير صحيح لهذا القصد . وكذلك كانت تستطيع محكمة النقض الفرنسية بناء حكمها الصادر فى قضية سرقة الأوراق المالية (حكم ٧ سبتمبر سنة ١٨٥٥) كما كانت تستطيع محكمة النقض المصرية بناء حكمها فى قضية سرقة الجمال على وقوع خطأ قانونى فى التكييف فى الحكم المطعون فيــه منشؤه فساد التعريف الذى وضع للقصد الجنائى وإيقاع التكييف على موجبه .

والخلاصة أن الذى نعيبه على الأحكام الفرنسية والمصرية — بوجه عام — هو تقريرها أن مسألة وجود القصد الجنائى وعدم وجوده هى مسألة موضوعية يفصل فيها قاضى الموضوع فصلا نهائيا ، ثم استثناؤها بعض الصور ومحاولة تدعيم هذه الاستثناءات بالخطأ فى القانون أو بالتناقض فى الأسباب على ما سبق تفصيله ، مع إمكان القول فيها جميعاً بالخطأ فى تطبيق حكم القانون فى القصد الجنائى على ما سبق تفصيله كذلك . والذى نعيبه بوجه خاص على حكم محكمتنا الصادر فى ١٨ نوفمبر

سنة ١٩٢٨[١] هو ما جاء فيه ، فى سياق التدليل على أن مسألة وجود القصد الجنائى هى مسألة موضوعية ، من أن مسألة تصد القتل لم يرد بالقانون تعريف لها — مما لا نجده فى أحكام محكمة النقض الفرنسية منذ عدولها عن الأخذ برأى باريس فيما ذهب إليه من جعل التكييف كله موضوعيا فى الجرائم التى لم يرد لها فى القانون تعريف ألبتة — فيفصل فيها قاضى الموضوع بغير مراقبة . والذى يدلك على أنه لم يكن لمحكمة النقض فكرة ثابتة فى إيراد هذه الجملة بهذا الحكم أنها تراقب التكييف فيما كانت ألفاظ القانون فيه غير معرّفة ، وأن لها فى تحديد معانى الكثير من هذه الألفاظ عملا يؤثر ويشكر .

من ذلك تعريفها القصد الجنائى فى جريمة السرقة بأنه ينحصر فى قيام العلم عند الجانى وقت ارتكاب الجريمة بأنه يختلس المنقول المملوك للغير رغم إرادة مالكه بنية أن يتملكه هو لنفسه[٢] . وما قررته بحكمها المؤرخ فى ١٧ أبريل سنة ١٩٣٠

---

(١) وقد ترى هذا العيب فى أحكام أخر أصدرتها الدائرة الجنائية : من ذلك حكمها فى ٢٤ أبريل سنة ١٩٣٣ الذى تقول فيه : إن تقدير أن المتهم كان فى حالة دفاع ضرورى لرد الاعتداء أو غير ضرورى مسألة موضوعية من اختصاص محكمة الموضوع الفصل فيها بدون رقابة عليها فى ذلك من محكمة النقض اللهم إلا إذا كانت الوقائع التى تثبتها المحكمة دالة على تحقق معنى الدفاع الشرعى قانوناً وأنها فى القول بعدم قيامه تكون أخطأت فى فهم هذا المعنى (القانون والاقتصاد س ٣ رقم ١١٨) . ومنها حكمها فى ٢٢ مايو سنة ١٩٣٣ الذى تقول فيه : إن مسألة الدفاع الشرعى هى مسألة موضوعية داخل تقديرها — مبدئياً — تحت سلطان قاضى الموضوع ، إن وجوداً وإن عدماً ، وليس لمحكمة النقض التدخل فى هذا التقدير اللهم إلا إذا تبين أن النتيجة التى وصل إليها قاضى الموضوع لا تتفق منطقياً وما أثبته الحكم من المقدمات والوقائع (القانون والاقتصاد س ٣ رقم ١٣٧) وراجع حكم ٢ يناير سنة ١٩٣٤ (القانون والاقتصاد س ٤ رقم ٣٢) .

والحق أن حالة الدفاع الشرعى عن النفس ، أو عن المال ، كلتاهما حقيقة قانونية بينت المواد ٢٢٣ وما بعدها من قانون العقوبات أركانها وحدودها ، فاذا كان قاضى الموضوع حرا فى تحصيل فهم الواقع فى أركانها وشروطها فهو خاضع لرقابة محكمة النقض فى تكييف كل ركن وكل شرط من أركانها وشروطها بحكم ما يقابلها من أركان وشروط تلك الحقيقة القانونية — وكان من الممكن تعليل رفض الطعن بأن فهم الواقع فى الحقائق القانونية جميعها داخل تحت سلطان قاضى الموضوع ، أما تكييف هذا الفهم بحكم القانون فرأيه فيه خاضع لرقابة محكمة النقض .

(٢) ١٧ اكتوبر سنة ١٩٣٩ (المحاماة س ٢٠ رقم ٥٧) .

بشأن القصد الجنائى فى جريمة هدم الجسر المجعول حداً بين الملكين من أن مجرد هدم الجسر ولو باعتقاد أنه ملك له لا يعفى فاعله من العقاب ما دام أنه بفعله هذا قد أزال حداً متعارفاً من قديم الزمان بأنه الحد الفاصل بين ملكين متجاورين، وأن هذا الفعل معاقب عليه قانوناً[1] . وما قررته فى حكمها المؤرخ ١٤ مارس سنة ١٩٣٢ من القواعد فيما يختص بالقصد الجنائى فى جريمة الإهانة المبينة بالمادة ١٥١ المعدلة أخيراً، إذ قالت : « إن حسن النية الذى يتطلبه القانون فى جريمة الإهانة هو اعتقاد المتهم بصحة الوقائع التى ينسبها لغيره ، وأن يكون قصده مما يقترفه من ذلك مصلحة البلاد لا مجرد التشهير[2] » . وما قررته فى حكم ٣١ مارس سنة ١٩٣٢ بشأن سلامة النية المشروط فى الفقرة الثانية من المادة ٢٦١ عقوبات وجوب توفرها لإعفاء القاذف من عقوبة قذفه فى حق الموظفين من أنه يلزم على الأقل أن يكون موجه الانتقاد يعتقد فى ضميره صحته ، وأن يكون قدر الأمور التى نسبها للموظف تقديراً كافياً ، وأن يكون انتقاده للمصلحة العامة لا لسوء قصد ، وأنه من الواجب على قاضى الموضوع عند بحثه فى توفر هذا الشرط أن يفهمه على ذلك المعنى ، فإن فهمه على معنى آخر كان حكمه واقعاً تحت رقابة محكمة النقض من جهة خطئه فى تأويل القانون وتفسيره إلى أن قالت : « وهذه مسألة قانونية بحتة[3] » .

ومن ذلك أيضا ماقررته بحكمها المؤرخ فى ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٣٣ من أن القصد الجنائى فى الجريمة المنصوص عليها فى المادة ٢١٧ يتحقق بمجرد وضع النار عمداً فى المكان المسكون أو المعد للسكن أو فى إحدى ملحقاته المتصلة به ، فمتى ثبت للقاضى

(١) ١٧ أبريل سنة ١٩٣٠ (مجموعة القواعد القانونية جـ ٢ رقم ٢٦) .
(٢) ١٤ مارس سنة ١٩٣٢ فى القضية رقم ٦٦ سنة ٢ قضائية (مجموعة القواعد جـ ٢ رقم ٣٣٣) .
(٣) ٣١ مارس سنة ١٩٣٢ (مجموعة القواعد جـ ٢ رقم ٣٤٢) وراجع حكم ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٣٣ (القانون والاقتصاد س ٤ رقم ٢٣) فى بيان القصد الجنائى فى الجريمة المنصوص عليها بالمادة ٢١٧ عقوبات .

أن وضع النار كان على هذا الوجه وجب تطبيق تلك المادة ، وأن العمد هنا معناه توجه الإرادة اختياراً إلى وضع النار فى المكان أيا كانت نتيجته سواء أكان القصد الأول هو مجرد إحراق المكان نفسه ، أم كان وضع النار فى المكان وسيلة لتحقيق أى قصد آخر [(١)] .

ولا تكتفى محكمة النقض فى مد رقابتها على تكييف القصد الجنائى بتحديد معنى هذا اللفظ فى كل جريمة عمدية ثم بأخذها قاضى الموضوع بهذا التحديد فيما كيّف هو به حاصل فهمه فى نية المجرم من القضاء بنقض الحكم المطعون فيه إذا رأته قد أخطأ فى التكييف — لا تكتفى محكمة النقض بهذا النوع من الرقابة ، بل إنها تجرى على نقض الحكم متى رأت قصوره عن البيان الكافى الواجب لمعرفة توافر سوء القصد فى الدعوى أو عدم توافره [(٢)] .

٦٨ — الاشتراك بالتحريض على ارتكاب الجريمة : ولفظ التحريض على ارتكاب الجريمة هو من الألفاظ التى أخذها القانون من مجرى اللغة فى معنى الحث والحض ، فصار من الألفاظ القانونية التى ينبغى للقاضى أن يحدد معناها قبل إجراء تكييف الواقع فى الدعوى بها ، على ما سبق تفصيله عند الكلام على التكييف بوجه عام .

ولئن كان قانون العقوبات القديم قد عدد فى المادة ٦٨ طرق التحريض أسوة بالقانون الفرنسى والقانون البلجيكى ، واشترط أن يكون التحريض مصحوبا بهدية أو وعد أو وعيد أو مخادعة أو دسيسة أو استعمال سلطة أو صولة ، ثم جاء القانون الجديد فحذف هذا التعداد مكتفيا بقوله فى الفقرة الأولى من

---

(١) ٢٧ نوفبر سنة ١٩٣٣ (القانون والاقتصاد س ٤ رقم ٣٤) .

(٢) ٦ نوفبر سنة ١٩٢٢ فى جريمة خيانة الأمانة (المحاماة س ٣ رقم ٦٢ ص ١٢١ والجدول العشرى رقم ٤٠٩٠) وحكمها فى ٢١ نوفبر سنة ١٩٢٩ (المحاماة س ١٠ رقم ١٢٢ ص ٢٦٩ والجدول العشرى رقم ٤١٩٨) وحكمها فى ٧ مارس سنة ١٩٢٧ فى السرقة (المحاماة سنة ٨ رقم ١١١ ص ١٥٦ والجدول العشرى رقم ٤٤٣٩) .

المادة ٤٠ « يعد شريكا فى الجريمة : أولاً — كل من حرض على ارتكاب الفعل المكون للجريمة إذا كان الفعل قد وقع بناء على هذا التحريض » ، فلا ينبغى مع ذلك أن يفهم من هذا الحذف بعد ذلك التعداد أن الشارع قد ترك التكييف فى التحريض لقاضى الموضوع كما توهم بذلك أسباب حكم محكمة النقض الصادر فى ٢٥ نوفمبر سنة ١٩١١[1] ، لأن علة هـذا الحذف على ماجاء

---

(١) ٢٥ نوفمبر سنة ١٩١١ (المجموعة الرسمية س ١٣ عدد ١٧) وتتلخص وقائع الدعوى فى أن النيابة اتهمت عمدة ناحية وعامل تليفونها وثالثاً من أهالى هذه الناحية ، الأول بارتكابه تزويرا فى دفتر أحوال الناحية بزيادة كلمات هى (مرسول بلاغ باسم نفر القرعة فلان) فى آخر الصحيفة الأولى من أحوال يوم ٢٨ مارس سنة ١٩١١ بقصد إثبات أنه بلغ المركز فى التاريخ المذكور بزوال حالة معافاة نفر القرعة المذكور ، وحصل ذلك فى المدة التى بين ٢٦ يناير سنة ١٩١١ تاريخ البلاغ الأول عن حصول هذا التستر و ١٣ فبراير سـنة ١٩١١ تاريخ التبليغ عن حصول هذا التزوير ؛ والثانى بصفته شريكا فى الجريمة المذكورة طبقاً للمادة ٤٠ فقرة ثالثة عقوبات بأنه مع علمه بالجريمة ساعد الفاعل الأصلى المذكور بأن حرر بخطه الكلمات المذكورة فى الدفتر المذكور الخ ؛ والأول مع الثالث بصفتهما موظفين لهما شأن فى تنفيذ قانون القرعة أهملا عمداً فى تأدية الواجبات المفروضة عليهما بأن لم يبلغا عن زوال معافاة نفر القرعة ، واستمر هذا التستر من يوم ٥ ابريل سـنة ١٩٠٨ لغاية تاريخ تقديم البلاغ عن هذا التستر فى يوم ٢٦ يناير سـنة ١٩١١ ، وطلبت إحالة المتهمين على محكمة الجنايات لمحاكمة الأول بالمواد ١٧٩ ، ١٨٠ ، ٤٠ ، ٤١ من قانون العقوبات و ١٢١ من قانون القرعة ، ومحاكمة الثانى بالمواد ١٧٩ ، ١٨٠ ، ٤٠ من قانون العقوبات ، ومحاكمة الثالث بالمادة ١٢١ من قانون القرعة . وقاضى الإحالة قرر إحالة المتهمين على محكمة جنايات طنطا لمحاكمة الأول بالمواد ١٧٩ ، و ١٨٠ عقوبات و ١٢١ من قانون القرعة ، والثانى بالمواد ١٧٩ ، ١٨٠ و ٤٠ و ٤١ عقوبات ، والثالث بالمادة ١٢١ من قانون القرعة العسكرية . قال حكم محكمة النقض فى هذه القضية : إن محكمة الجنايات رأت أن الواقعة هى أن المتهم الأول حرض المتهم الثانى على ارتكاب التزوير فى دفتر الأحوال وذلك بزيادة الكلمات بالكيفية المبينة آنفاً ، وأن المتهم الثانى هو الكاتب لهذه الكلمات الزائدة فوقعت جناية التزوير بمعرفة المتهم الثانى بناء على تحريض الأول ، وأن عقاب المتهم الأول يدخل تحت نص المادتين ١٨٠ و ٤٠ فقرة أولى عقوبات ، وعقاب الثانى تحت نص المادتين ١٨٠ و ١٧٩ عقوبات واتضح لها من ظروف القضية ومن أقوال المتهم الأول والثالث أن هذا الأخير لما سمع من الناس بولادة أخ لنفر القرعة أبلغ المتهم الأول (العمدة) بزوال معافاة نفر القرعة وعليه فلا مسئولية جنائية على المتهم الثالث . . . . ولما انتهت محكمة النقض من تقرير الوقائع على هذا الوجه ، وأن المتهمين الأول والثانى رفعا طعناً عن حكم محكمة الجنايات قالت : « من حيث إن القانون لم يوضح ما هو المراد من كلمة (تحريض) فهذه المسألة تتعلق إذن بالموضوع وتترك لقاضى الموضوع الذى يقدرها ويفصل فيها نهائيا ، بناء على =

فى تعليقات وزارة الحقانية هو « أن قوله (مخادعة أو دسيسة) قول عام يدخل تحته التحريض على أى شكل وقع ، ومع ذلك فمجموع العلماء يسعون لإيجاد تقييد لهذا التعميم ؛ فإذا صرف هذان اللفظان إلى أعم معانيهما صدقا على المشورة والحض والإيعاز ، ولكن القانون قد جعل لهذا اللفظ معنى مقيداً ؛ و إذا أخذنا قوله (المخادعة أو الدسيسة) بمعناها العام فيكون تعداد باقى الوسائل التى هى التهديد والوعد . . . الخ ، لا لزوم له ؛ وأما إذا قيدنا معناها فيصير مدلولها غير محقق ويجوز أن ينجو أشخاص هم فى الحقيقة مدانون بجرائم من طائلة كل عقاب » . وقد نقل كتاب « التعليقات الجديدة على قانون العقوبات » عن محضر مجلس شورى القوانين أن لجنة الحقانية رأت عند نظر قانون العقوبات الجديد أن لفظ التحريض ربما لا يشمل بعض ما كان مفسراً به فى أصل القانون الحالى (القديم) وطلبت وجوب تفسير لفظ التحريض والإتيان بلفظ آخر ، ولكنها لما استفهمت من المستشار القضائى عما أريد بالتحريض أجابها « إن المراد منه ما يشمل جميع ما نص عليه فى المادة ٦٨ من القانون الحالى (أى القديم) وزيادة عنه ويدخل فيها أمر صاحب الرياسة على مأموره وغيره » ، فاكتفت اللجنة بهذا التفسير وأبقت النص على حاله[1] .

= ذلك فانه يكفى أن يثبت وجود التحريض وليس عليه أن يبين تفصيلا الأركان المكونة له » . ثم حكمت برفض الطعن .

ونحن — مع اعترافنا بفساد هذا التعبير — لا نشك فى أن محكمة النقض إنما كانت تقصد أن تقول — بعد إيرادها موضوع التهمة وما كيفتها به النيابة وقاضى الاحالة ثم محكمة الجنايات — ان لقاضى الموضوع أن يستخلص من وقائع الدعوى وظروفها أن أول المتهمين هو الذى حرض الثانى على ارتكاب جريمة التزوير فوقعت بناء على هذا التحريض ، وأن محكمة الجنايات لم تخطئ فى وصف الأفعال الثابتة على كل من المتهمين إذ اعتبرت أن العمدة هو الذى حرض عامل التليفون على ارتكاب التزوير فى دفتر الأحوال ليخفى تستره هو على زوال معافاة نفر القرعة ، واعتبرت عامل التليفون أنه هو الذى ارتكب فعل التزوير بزيادة الكلمات بدفتر الأحوال ، ولذلك قضت برفض الطعن . هذا هو الذى نظن أن محكمة النقض أرادت أن تقوله فأساءت التعبير عنه بما يوهم أن التكييف بالتحريض من خصائص قاضى الموضوع .

(١) راجع التعليقات الجديدة لعبد الهادى الجندى بك ص ٦٤ و ٦٨ .

على أن الشارع لم يكتف بأخذ لفظ التحريض بمعناه الأعم الذى يشمل جميع طرق التحريض المبينة بالقانون القديم وغير المبينة به[١] ، بل ضبط معناه بما اشترطه من كون المحرّض قد طلب ممن حرضه ارتكاب الفعل الإجرامى الذى أتمه أو شرع فيه ، ومن كون هذا الفعل قد وقع بناء على هـذا التحريض ، ليخرج بالشرط الأول مجرد إلقاء المحرّض فى روع من حرضه شعور البغض والانتقام من عدوه ليدفعه إلى ارتكاب جريمة ضده ، وليخرج بالشرط الثانى التحريض المبهم الذى لا تكون له إلا علاقة بعيدة بالفعل المرتكَب بحيث لا يمكن اعتبار هذا الفعل أنه نتيجة لهذا التحريض .

وقد أشارت محكمتنا إلى المعنى المتقدم الذكر فى حكمها الذى أصدرته بتاريخ ١٦ مايو سنة ١٩٢٩[٢] برفض طعن بنى على أن الحكم المطعون فيه قد اعتبر الطاعن شريكا فى التحريض بدون أن يبين وجه التحريض ولا نوع السلطة التى لهذا الطاعن على زميله فجعلته يذعن لتحريضه ، إذ قالت : « لا يلزم لتوافر التحريض القانونى أن يكون للمحرّض سلطة على المحرَّض تجعله يخضع لأوامره بل يكفى أن يصدر من المحرّض من الأفعال والأقوال ما يهيج شعور الفاعل فيدفعه للإجرام » ثم قالت : « إن ما ثبت فى الحكم كان أدخل فى مقارفة الفعل المكون للجريمة من الاشتراك فيها بالتحريض » .

٦٩ — مسائل منثورة : والظاهر فى كثير من أحكام محكمة النقض الجنائية المصرية أنها لا تترك لقاضى الموضوع سلطة تكييف الواقع فى الدعوى فيما لم يعرّفه القانون من ألفاظه وعباراته ، بل الظاهر أنها لا تألو جهداً فى تعريف وتحديد ما جاء فى القانون غير معرف . فمن ذلك أنها عرفت « الطريق العام » الوارد

(١) ويقول جرانمولان إنه إذا كان البيان القديم لا وجود له الآن فى القانون فهذا لا يمنع من الاسترشاد به واتخاذ ما كان يشتمل عليه من طرق كأمثلة على التحريض (ن ٦٢٨ و ٦٣٠)

(٢) مجموعة القواعد القانونية جـ ١ ص ٣٠٨ رقم ٢٦٣

ذكره بالمادة ٢٧٢ عقوبات[(١)]، و « جنس البضاعة » الوارد بالمادة ٣٠٢[(٢)]، وعبارة « نظام الحكومة المقرر فى القطر المصرى »[(٣)]، و « الإكراه » فى باب السرقة[(٤)]، و« الاختلاس » فى جريمة اختلاس الأشياء المحجوزة[(٥)]، و « الضرب والجرح »[(٦)]، و « هتك العرض »، و « الفعل الفاضح »[(٧)]، و « الإهانة » فى حكم المادة ١١٧ عقوبات[(٨)]، و « الإكراه » فى حكم المادة ٢٧١ عقوبات[(٩)]، و « رجال القوة العمومية » المرخص لهم بحمل السلاح فى الفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون رقم ٨ سنة ١٩٢٧[(١٠)]، و« البدء فى التنفيذ »[(١١)]، و« التوافق »

(١) بأنه كل طريق مباح للجمهور المرور فيه فى كل وقت وبغير قيد سواء أ كانت أرضه مملوكة للحكومة أو للأفراد (١٤ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة القواعد القانونية جـ ٢ ص ٣٧٠ رقم ٣٠٢) .

(٢) وعرفت جنس البضاعة بأنه مجموع صفاتها وخواصها التى تلازمها فتعينها تعيناً جلياً يعرفه ذوو المران من الكافة ولا يخطئون فيه عادة ، وهذه الصفات ترجع إلى الاقليم الذى نبتت فيه البضاعة أصلا إذا كانت مما يزرع أو تنشأ فيه وتتناسل أصلا إذا كانت من الحيوانات (حكم ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة القواعد القانونية جـ ٢ ص٣٧٦ رقم ٣٠٥) .

(٣) حكم ١٤ مارس سنة ١٩٣٢ الذى جاء فيه : إن عبارة نظام الحكومة المقرر فى القطر المصرى كما تصدق لغة واصطلاحاً على نظام الحكم فى نوعه أى فى أساسه الإجمالى المقرر بالمادة الأولى من الدستور من كون حكومة مصر تكون ملكية وراثية نيابية ، تصدق كذلك لغة واصطلاحاً على هذا النظام فى صورته التفصيلية المقررة بباقى مواد الدستور (المحاماة سنة١٢ رقم ٤٧٤ ص ٩٣٢ ومجموعة القواعد جـ ٢ رقم ٣٣٣) .

(٤) ٤ يناير سنة ١٩٠٥ (مج س ٦ عدد ٧٢) .

(٥) ٢٤ أبريل سنة ١٩١٥ (مج س ١٧ عدد ١٤) .

(٦) ١٥ يناير سنة ١٩١٠ (مج س ١٠ عدد ٤١) .

(٧) حكم ٢٢ نوفبر سنة ١٩٢٨ (مجموعة القواعد القانونية جـ ١ رقم ١٧ وفيه أن الفعل الفاضح هو الفعل العمد المخل بالحياء الذى يخدش فى المجنى عليه حياء العين والأذن ليس إلا ، أما بقية الأعمال العمدية المخلة بالحياء التى تستطيل إلى جسم المرء وعوراته وتخدش عاطفة الحياء عنده من هذه الناحية فهى من قبيل هتك العرض . وتعريف آخر فى حكم ٢٢ ديسمبر سنة ١٩١٣ (الشرائع سنة ١ ص ١٠٧) وحكم آخر فى ٢٤ يناير سنة ٣٤ (ملحق القانون والاقتصاد سنة ٤ رقم ٤٣) .

(٨) حكم ٣٠ يناير سنة ١٩٣٠ (مجموعة القواعد القانونية جـ ١ رقم ٣٨٠) .

(٩) حكم ٢ يناير سنة ١٩٣٠ (مجموعة القواعد القانونية جـ ١ رقم ٣٦٥) .

(١٠) حكم ٢١ مارس سنة ٢٩ (مجموعة القواعد القانونيةجـ ١ رقم ١٩٦) .

(١١) حكم ٥ نوفبر سنة ١٩٢٣ (المحاماة سنة ٤ رقم ٤٧٨) .

فى المادة ٢٠٧ عقوبات[١] ، و « فقد منفعة العضو »[٢] فى المادة ٢٠٤ عقوبات ، و « العائد » فى حكم المادة ٥٠[٣] ، و « الغش » الوارد ذكره بالفقرتين الأولى والثانية من المادة ٣٠٢ عقوبات[٤] ، وعبارة « مفرقعات أخرى » الواردة بالمادة ٣١٧ مكررة[٥] ، و « الاشتباه » ، و « التشرد »[٦] ، و « إعانة الجانى على الفرار » الوارد ذكرها بالمادة ١٢٦ مكررة[٧] ، وكلمة « علامة » بالمادة ١٧٤ عقوبات[٨] ، وعبارة « بأى اسم تعرض به المادة المخدرة فى التجارة » الواردة بالمادة الأولى من قانون رقم ٢١ سنة ٩٢٨[٩] ، وكلمتى « تبديد الأمانة واختلاسها » المذكورتين بالمادة ٢٩٦ عقوبات[١٠] ، وكلمة « إتلاف » الواردة بالمادتين ٣١٦ ، ٣٤٢ عقوبات[١١] ، و « القصد الاحتمالى »[١٢] ، و « عدم كفاية الأدلة » الواردة بالمادة ١٢ من قانون تشكيل محاكم الجنايات[١٣] ، و « المنقول » الواردة بالمادة ٢٦٨ عقوبات ، وهل

---

(١) حكم ٢١ فبراير سنة ١٩٢٩ (مجموعة القواعد القانونية جـ ١ رقم ١٧٢) .

(٢) جنايات مصر ٦ نوفبر سنة ١٩٢٩ (المحاماة سنة ٦ رقم ١٩٤) .

(٣) حكم ٢٣ يناير سنة ١٩٣٠ (مجموعة القواعد القانونية جـ ١ رقم ٣٧٣) .

(٤) حكم ٢٨ نوفبر سنة ١٩٢٩ (مجموعة القواعد جـ ١ رقم ٣٤٣) .

(٥) حكم ٨ نوفبر سنة ١٩٢٨ (مجموعة القواعد القانونية جـ ١ رقم ٢) .

(٦) حكم ١٩ ديسمبر سنة ١٩٣٣ (مجموعة القواعد القانونية جـ ٣ رقم ٦٠) الاشتباه هو صفة ينشئها الإنذار فى نفس قابلة له لا يقع تحت تقدير حفظة النظام ، بخلاف التشرد فإنه حالة مادية يقررها الإنذار تقريرا محتوماً لانتزاعه من الواقع الذى لا خيار لحفظة النظام فيه . وعلة الاشتباه هى خطر المشتبه فيه على الأمن العام ، أما علة التشرد فمخالفة حسن الأخلاق أو مخالفة القانون مخالفة هى فى ذاتها ضئيلة لا خطر فيها على الأمن العام .

(٧) حكم ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٣٢ (القانون والاقتصاد سنة ٣ رقم ٦٧) و ٣٠ أبريل سنة ١٩٣٤ (القانون والاقتصاد سنة ٤ رقم ٨٩) .

(٨) حكم ١٣ يونيه سنة ١٩٢٩ (مجموعة القواعد القانونية جـ ١ رقم٢٨٤) .

(٩) حكم ١٠ أكتوبر سنة ١٩٢٩ (مجموعة القواعد القانونية جـ ١ رقم ٢٩١) .

(١٠) حكم ١٢ ديسمبر سنة ١٩٢٩ (مجموعة القواعد القانونية جـ ١ رقم ٣٥٧) .

(١١) حكم ٩ يناير سنة ١٩٣٠ (مجموعة القواعد القانونية جـ ٢ رقم ٣٧١) .

(١٢) حكم ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٣٠ (مجموعة القواعد القانونية جـ ٢ رقم ١٣٥) .

(١٣) حكم ١٢ مارس سنة ١٩٣١ (مجموعة القواعد القانونية جـ ٢ رقم ٢٠٨) .

تتناول هذه المـادة سرقة التيار الـكهربائى[١] ، و « استعمال القسوة والعنف » الذى يترتب عليه الإخلال بالشرف و إحداث الآلام ، و« القبض والحبس والحجز والتعذيب » الوارد ذكرها بالمـادتين ١١٠ ، ١١٣ عقوبات[٢] ، و « المتهم » فى حكم المـادة ١١٠ عقوبات[٣] ، و « من لهم الحق فى إخراج من وجد فى منزل مختفيا » الواردة بالمـادة ٣٢٥ عقوبات[٤] ، و « إجراءات التحقيق » الواردة بالمادة ٢٨٠ من قانون تحقيق الجنايات فى حكم قطع المدة[٥] ، و « سلامة النية » فى جريمة القذف فى حق موظف عمومى[٦] ، و « بدون مقتض » الواردة فى الفقرة الأولى من المـادة ٣١١ عقوبات الخاصة بجريمة قتل المواشى بدون مقتض[٧] ، و « الخطأ المشترك » فى باب المسؤولية[٨] ، و « المتهم الغائب » فى معنى المادة ٥٣ من قانون تشكيل محاكم الجنايات[٩] ، و « القذف فى أعراض العائلات »[١٠]

(١) حكم ١٦ أبريل سنة ١٩٣١ (مجموعة القواعد القانونية جـ ٢ رقم ٢٤٤) وفيه أن المنقول هو كل شىء ذى قيمة مالية يمكن تملكه وحيازته ونقله . ولا يشترط فى المنقول أن يكون جسما متحيزاً قابلا للوزن فالتيار الـكهربائى هو مما تتناوله كلمة المنقول .

(٢) حكم ٧ مايو سنة ١٩٣١ (مجموعة القواعد القانونية جـ ٢ رقم ٢٥٣) .

(٣) حكم ١١ يونيه سنة ١٩٣٤ (القانون والاقتصاد سنة ٤ رقم ١١٨) .

(٤) حكم ٢٣ نوفمبر سنة ٩٣١ (مجموعة القواعد القانونية جـ ٢ رقم ٢٩١) وفيه أن المقصود بعبارة « من لهم الحق فى إخراجه » هو رب الدار الذى له دون غيره أن يأذن بدخول من يريد دخوله من الزائرين ، ويأمر بخروج من لا يرغب فى بقائه من منزله .

(٥) حكم ٤ يناير سنة ١٩٣١ (مجموعة القواعد القانونية جـ ٢ رقم ٣١٣) .

(٦) حكم ٣١ مارس سنة ٩٣٢ (مجموعة القواعد القانونية جـ ٢ رقم ٣٤٢) .

(٧) حكم ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٢ (مجموعة القواعد القانونية جـ ٢ رقم ٣٧٤) وفيه أن عدم المقتضى هو فقدان الضرورة الملجئة لقتل الحيوان بأن كان خطراً على نفس إنسان أو ماله ، وأن تكون قيمة ذلك الحيوان ليست شيئاً مذكوراً بجانب الضرر الذى حصل اتقاؤه بقتله ، وأن يكون الخطر الذى استوجب القتل خطراً حاقاً وقت القتل وما كان يمكن اتقاؤه بوسيلة أخرى . وما أحسن ما قيل فى هذا الحـكم من أن محكمة النقض لها الرقابة على توافر أركان معانى هذه الحقيقة القانونية فى ظروف الدعوى ، ولهذا قال : فإذا كان الثابت أن المتهم على أثر دخول المعزى فى زراعته قد ضربها بالعصا فأماتها ، فهذا القتل لم يكن له مقتض وشروط الضرورة لم تتوافر فى الدعوى .

(٨) حكم ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٣٢ (مجلة القانون والاقتصاد سنة ٣ رقم ٣٤) .

(٩) حكم ١٩ ديسمبر سنة ١٩٣٢ (القانون والاقتصاد سنة ٣ رقم ٦٠) .

(١٠) حكم ١٦ يناير سنه ١٩٣٣ (مجموعة القواعد القانونية جـ ٣ رقم ٧٦) .

و« إقامة الدعوى » الوارد ذكرها بالفقرة الأخيرة من المادة ٢٦٤ عقوبات الخاصة بجريمة البلاغ الكاذب[1] ، وغير ذلك .

ب — أمثلة مختارة من الفقه المدنى

٧٠ — (١) مبدأ الثبوت بالكتابة[2] : قد عرف القانون الفرنسى مبدأ الثبوت بالكتابة بأنه كل ورقة صادرة ممن يراد الإثبات عليه أو ممن يمثله قانوناً تجعل الأمر المطلوب إثباته قريب الاحتمال (١٣٤٧ مدنى) وقد عرفته المادة ٢١٧/٢٨٥ من قانوننا الأهلى والمختلط بما نصه : « ومع ذلك فالإثبات بالبينة أو بقرائن الأحوال يجوز قبوله إذا كان الدين أو التخلص منه صار قريب الاحتمال بورقة صادرة من الخصم المراد الإثبات عليه » . ويتحصل من هذا التعريف أن أركان مبدأ الثبوت بالكتابة ثلاثة : (١) كونه ورقة مكتوبة (٢) وكون الورقة صادرة من الخصم المطلوب الإثبات عليه (٣) وكون الورقة تجعل الأمر المطلوب إثباته قريب الاحتمال . فسبيل معرفة كون الورقة مما يمكن اعتبارها أو عدم اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة ، إنما هو ردها إلى حكم القانون فى هذه الأركان الثلاثة . ولما كان لهذه الأركان معان قانونية يمكن تحديدها فنشاط القاضى فى توخى هذه المعانى فى فهم الواقع من الورقة هو إذن اجتهاد فى القانون يجب أن تشرف عليه محكمة النقض إشرافها على كل تكييف بحكم القانون .

لكن محكمة النقض الفرنسية لم تمض فى التكييف على مقتضى هذا النظر . فدائرة العرائض قد جرت منذ وجوب العمل بالقانون المدنى على اعتبار كون الورقة مبدأ ثبوت بالكتابة أو عدم كونها كذلك هو مسألة واقعية يفصل فيها قاضى

---

(١) ٣٠ مايو سنة ١٩٢٩ (مجموعة القواعد القانونية جـ ١ رقم ٢٧٢ ص ٣١٦) .

(٢) هـ . مازود . H. Mazeaud. " La conception jurisprudentielle du commencement de preuve par écrit de l'art. 1347 " (thèse, Lyon, 1921)

الموضوع فصلا نهائيا لا رقابة فيه لمحكمة النقض[١] . ثم أخذت فى اعتبار التكييف فى الركنين الأولين اجتهاداً فى القانون[٢] وتركت التكييف فى الركن الثالث لقاضى الموضوع[٣] ، متابعة فى ذلك الدائرة المدنية[٤] والدائرة الجنائية[٥] ، ثم ثبت القضاء على ذلك إلى الآن[٦] .

---

(١) كانت تجرى محكمة النقض الفرنسية قبل وجوب العمل بالقانون المدنى على ترك التكييف كله فى مبدإ الثبوت بالكتابة لقاضى الموضوع اعتباراً بأن المادة الثالثة من الباب العشرين من الأمر الملكى لسنة ١٦٦٧ لم تعرف مبدأ الثبوت بالكتابة (ع . ف ٩ فبراير سنة ١٨٠٨ (ربرتوار دالوز فقرة ٤٩٤٣ تحت كلة التزامات) و ن . ف ١٦ أغسطس سنة ١٨٣١ (فقرة ٤٧٤٥ من المرجع عينه) . وعلى ذلك جرت بعد العمل بالقانون المدنى : ن . ف ١١ أبريل سنة ١٨٢٦ (س ٨٢٦ — ١ — ٣٣٦) .

(٢) وعلى الرغم من انضباط معنى الركن الأول جرت محكمة النقض على أخذ لفظ « الورقة » بالمعنى الواسع ، بل قد ذهبت إلى جواز اعتبار مجموعة أوراق مبدأ ثبوت بالكتابة ، ولو أن كل واحدة منها لا يجوز اعتبارها كذلك (ع . ف ٢٧ نوفبر سنة ١٨٩٣ س ٩٥ — ١ — ١٦٧ ومطول بلانيول الالتزامات جـ ٢ ص ٨٧٠) ، بل اعتبرت ما يشبه الورقة un semblant d'écrit أو عدم الورقة absence d' écrit مبدأ ثبوت بالكتابة (مازود ص ٢٦ و ع . ف ٩ فبراير ١٨٨٠ س ٨٠ — ١ — ٢٠٠) وقد اعتبر هذا الحكم تردد الزوجة مع زوجها على الموثق المكلف ببيع أحد الأموال الجهازية وحضورها معه فى مفاوضات البيع ووضع شروطه والاعتراف بذلك فى المذكرة المقدمة فى الدعوى ، اعتبر الحكم كل ذلك مبدأ ثبوت بالكتابة فى إثبات وكالة الزوج عن زوجته فى هذا البيع (مطول بلانيول المرجع المتقدم ذكره وحكم ١٨ فبراير سنة ١٩٠٤ س ٩٠٤ — ١ — ١٢٨ فى صورة اللاورقة) . وبهذا الحكم قد اعتبرت ورقة الجرد الشاملة لأملاك الدائن الخالية هى من ذكر الدين المتنازع فيه مبدأ ثبوت بالكتابة ، فى إثبات براءة ذمة المدين من هذا الدين .

وكذلك توسعت فى معنى كون الورقة صادرة من الخصم المطلوب الإثبات عليه (راجع الصور الكثيرة التى أوردها بلانيول فى مطوله ص ٨٧١ لغاية ١٨٧٤ ، ومارتى ص ٢٣٤ هامش ٣ و ٤ وبالهامش الأخير أحكام محكمة النقض من ١٨٦٤ لغاية سنة ١٩٢٠) .

(٣) حكم ١٠ أغسطس سنة ١٨٤٠ وهو أول أحكام دائرة العرائض فى ذلك (فقرة ٤٧٠٦ من دالوز تحت كلة التزامات) .

(٤) أول أحكامها فى ٣٠ نوفبر ١٨٣٩ (س ١٨٤٠ — ١ — ١٣٩)

(٥) ن . ج ٥ أغسطس سنة ١٨٥٣ (د ٥٣ — ٥ — ٢) و ٢٢ ابريل سنة ١٨٥٤ (د ٥٤ — ٥ — ٥) .

(٦) مارتى ص ٢٣٣ وبهامش ٣ سلسلة الأحكام الصادرة بترك التكييف فى الركن الثالث لقاضى الموضوع من سنة ١٨٤٣ إلى سنة ١٩٢٢ (ع . ف ١١ يوليه سنة ١٩٢٢ د ٩٢٢ — ١ — ١٨١) .

ولعل الذى دعا محكمة النقض الفرنسية إلى ترك التكييف فى الركن الثالث لقاضى الموضوع هو ما تبينته من فحوى نص المادة ١٣٤٧ من القانون المدنى من أن الشارع ، باشتراطه كون الورقة تجعل الأمر الذى يراد إثباته قريب الاحتمال والتصديق ، إنما قد وكل الأمر فى إنتاج الورقة قرب هذا الاحتمال أو بعده إلى ضمير القاضى ووجدانه واعتقاده . ويقول مارتى إن الأمر فى ذلك لا يعدو فى الواقع تقدير الدليل والاقتناع بدلالته أو عدم الاقتناع بها ولذلك يجب تركه لقاضى الموضوع بغير رقابة ، كما ترك له الأمر فى تأويل القرائن وتقدير شهادات الشهود وغير ذلك من الأدلة (١) .

وإذا قلنا إن قاضى الدعوى حر فى تقدير الورقة التى يراد اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة من ناحية كونها تجعل الأمر المطلوب إثباته قريب الاحتمال والتصديق ، فإننا نوجب عليه أن يورد فى أسباب حكمه الواقعة المراد إثباتها ونص جزء الورقة الذى يراد الاعتماد عليه فى القول بأنها صارت قريبة الاحتمال والتصديق ثم يبين كيف أفادت هذا المعنى أو لم تفده ، فإن أتى فى ذلك بما يكون معقولا مقبولا حمل التكييف على الصحة ، وإلا صار ما ادعى إفادته من الورقة كأنه منتزع من غير دليل قائم وإذن فقد حق لمحكمة النقض نقض الحكم كما تنقض كل حكم يبنى على غير دليل قائم أو على دليل غير مقبول .

ولمحكمتنا حكم أصدرته الدائرة المدنية فى ٢٨ مارس سنة ١٩٣٥ نقضت به حكما قضى بعدم اعتبار شهادة رسمية مستخرجة من قلم التسجيل مبدأ ثبوت بالكتابة قالت فيه : إن هذه الشهادة الرسمية المستخرجة من قلم التسجيل دالة دلالة صريحة على أن هناك عقد بيع صدر من فلان مورث المطعون ضدهم لفلانة الطاعنة وأن هذا هو الذى قدم العقد بنفسه لإثبات تاريخه فأثبت بتاريخ كذا برقم كذا وأن هذا هو هو نفسه الذى تسلمه من قلم الكتاب بتاريخه ،

(١) مارتى ص ٢٣٣ بهامش ٢ .

ومفاد هذه الشهادة أن بقلم العقود إيصالا موقعاً عليه من المورث المذكور يفيد تسلمه لذلك العقد وأن هذا العقد صادر منه بالبيع للطاعنة بمبلغ كذا . ولا شك أن ذلك الإيصال المستفاد حتما من عبارة الشهادة الرسمية التى هى فى ذاتها حجة لم يطعن فيها بأى مطعن ، هى ورقة صادرة من هذا المورث دالة على ما كان منه من البيع للطاعنة بالثمن المذكور . وهذا الإيصال و إن كان لا يفيد قطعاً أن الثمن الوارد بعقد البيع الذى تسلمه قد دفعه المشترى له فعلا أو أنه كان ثمناً مؤجلا إلا أن جريان العادة الغالبة بأن المشترى يدفع الثمن ، ذلك يقرب الاحتمال بأن هذا الثمن دفع فعلا ، و إذن فهذا الإيصال المدلول عليه حتما بتلك الشهادة الرسمية هو مبدأ ثبوت بالكتابة يقرب احتمال تسلم مورث المطعون ضدهم لمبلغ الثمن و يجيز بحسب القانون تكميل الاستدلال بالبينة والقرائن(١) .

٧١ — (٢) التدليس الموجب لعدم صحة الرضا : التدليس هو كل ما يتسبب به أحد العاقدين من ضروب الحتل والاستهواء وقت التعاقد ليحدث به اعتقاداً غير صحيح يحمل المتعاقد الآخر على التعاقد . وتقول المادة ١٣٦/١٩٦ مدنى : « التدليس موجب لعدم صحة الرضا إذا كان رضا أحد المتعاقدين مترتباً على الحيل المستعملة له من المتعاقد الآخر ولولاها لما رضى » . فأركان التدليس أربعة : (١) كونه حيلة (٢) وكون الحيلة غير مشروعة أو مخالفة للآداب (٣) وكون الخادع أحد العاقدين (٤) وكون التدليس هو الدافع الحامل على التعاقد .

فتكييف ما يراد معرفة وصفه من وقائع الدعوى ، هل هو تدليس أم غير تدليس ، إنما يتم برده إلى حكم القانون فى هذه الأركان الأربعة بعد تعريف كل منها تعريفه القانونى . لكن دائرة العرائض الفرنسية كثيراً ما فات أحكامها التمييز بين

---

(١) ٢٨ مارس سنة ١٩٣٥ (القانون والاقتصاد سنة ٥ رقم ٣٩ والمحاماة س ١٥ ق ١ رقم ١٧٦ ص ٣٣٨) .

تحصيل فهم الواقع فى التدليس المدعى به و بين رد هذا الفهم إلى حكم القانون[١]، وقليلا ما أشارت إلى التفرقة بين الفهمين[٢] . و يقول (بلانيول) فى مطوله إنه مهما تكن أسباب تلك الأحكام التى أصدرتها دائرة العرائض — ولا تزال تصدرها — توهم أن التكييف فى التدليس كله موضوعى ، فإنه يعتقد أن تلك المحكمة لا ترمى بتلك الأسباب الموجزة إلا إلى القول بأنها لم تر فى صور الدعاوى المعروضة عليها أن قاضى الموضوع قد أخطأ فى تقدير التدليس وتطبيق حكم القانون عليه[٣] .

أما الدائرة المدنية فقد ذهبت فى بعض أحكامها الأولى القليلة إلى إخضاع رأى قاضى الموضوع فى هذا التكييف لرقابتها ، ولكنها لم تثبت على رأيها إلا فى أواخر القرن التاسع عشر حيث ابتدأت تميز — فى وضوح — بين استخلاص الواقع فى الدعوى و بين تكييف هذا الواقع بحكم القانون[٤] . ثم زادت الأمر

(١) تقرأ فى كثير من أحكامها أن من خصائص قاضى الموضوع تحصيل فهم الواقع فى الدعوى وتقرير ما إذا كان هذا الفهم يعتبر تدليساً أو لا يعتبر كحكم ٢ مارس ١٨٤٠ (س ١٨٤٠ — ١ — ٤٣٧) و ٢٣ يناير سنة ٦٣ (س ٦٣ — ١ — ٢٤٩) و ٢١ أكتوبر سنة ١٨٨٥ (س ٨٥ — ١ — ١٧٣) و ٢٧ فبراير ١٩٢٢ (س ٢٣ — ١ — ٢٢٩) و ١٠ فبراير سنة ١٩٢٦ (س ٢٦ — ١ — ٦٠) وسلسلة أحكام أخر أوردها الأستاذ أندريه بريتون فى تعليقه على حكم ٣٠ مايو سنة ١٩٢٧ (س ٩٢٨ — ١ — ١٠٧) من سنة ١٨٣٨ إلى سنة ١٩٢٧ . وربما كان أوضح هذه الأحكام فى دلالته على هذا المعنى هو حكم ٢ مارس سنة ١٨٤٠ (س ١٨٤٠ — ١ — ٤٣٧) فقد جاء به : وحيث إن التدليس لا يبطل المشارطة قانوناً إلا إذا كان ما استعمله العاقد من الوسائل الاحتيالية قد بلغ أن يكون هو الذى حمل العاقد الآخر على الرضا والتعاقد ، وحيث إن قاضى الموضوع هو وحده المختص بالتثبت من قيام هذه الوسيلة ومن أنها قد أثرت الأثر المقصود منها . ومن ذلك حكمها فى ٢١ أكتوبر سنة ١٨٨٥ (س ٨٦ — ١ — ٧٣) الذى جاء به أن التثبت من وقائع التدليس وتقديرها قانوناً هو من اختصاص قاضى الموضوع .

(٢) ع . ف ١٣ يناير سنة ١٨٨٥ (س ٨٥ — ١ — ٣٠٢) الذى جاء فيه أن ما استخلصه قاضى الدعوى من وقائع التدليس وأثبته فى حكمه ليسوغ تطبيق المادة ١١١٦ من القانون المدنى (المقابلة للمادة ١٣٦ / ١٩٦) والحكم ببطلان العقد ، وحكم ٩ نوفبر سنة ١٩١٠ (س ٩١١ — ١ — ٨٨) وحكم ٢٧ فبراير سنة ٩٠٦ (د ٩٠٧ — ١ — ٢٥٢) فى رقابة الغش المختلط بالغلط .

(٣) مطول بلانيول فى التعهدات جـ ٢ س ٣٦٧ .

(٤) ن . ف ١١ مايو ١٨٨٧ (س ٨٧ — ١ — ٤٥٦) .

وضوحا فى حكمها الصادر فى ١٤ نوفمبر سنة ١٩١٣ ، إذ قالت : إذا كان لقاضى الموضوع السلطة التامة فى تقدير أهمية وقائع الغش من ناحية ما أثرت به فى رُوع المخدوع لجعلته يقبل العقد ويرضاه ، فإن من خصائص محكمة النقض أن تراقب وصف هذه الوقائع وصفها القانونى ، أى أن تتحقق مما إذا كان يجب أو لا يجب اعتبارها وسيلة غير مشروعة قانوناً [1] .

وبمثل هذا الوضوح جاء حكمها المؤرخ فى ٣٠ مايو سنة ١٩٢٧ [2] وتتلخص قضيته فى أن سيدة حكم بالتفريق بينها وبين زوجها ، ادعت أنه — أثناء قيام دعوى تصفية أموال الروكية بينهما — قد عرض عليها أن تتنازل له عن نصيبها فيما لها وعليها فى الروكية من أموال وحقوق وديون وخاصة فى العقارات التى كانا يمتلكانها فى الهند الصينية مقابل ثمن معلوم ، فقبلت وتنازلت ؛ ثم تبين لها أن زوجها كتم عنها أنه اتفق مع أحد الماليين على أن يشترى منه هذه العقارات بثمن مرتفع عظيم ، وأنها ما كادت توقع لزوجها البيع فى نصيبها فى هذه العقارات حتى أوقع هو البيع فيها كلها لذلك المالى بالثمن العظيم المتفق عليه ؛ فادعت أنها لولا كتم هذا الخبر عنها ما قبلت التنازل عن نصيبها بهذا الثمن البخس ، ولهذا طلبت الحكم ببطلان البيع لما شابه من هذا التدليس . حكمت محكمة جرينوبل بالبطلان ، وطعن فى حكمها فحكمت محكمة النقض بنقضه وقالت فى حكمها : إنه إذا كان لقضاة الموضوع أن يقدروا أهمية وقائع الغش ، وكونها هى التى حملت العاقد الآخر على الرضا بالعقد ، فلمحكمة النقض مراقبة ما يعطى لهذه الوقائع من وصف قانونى ، أى أن لهذه المحكمة الرأى الأعلى فيما إذا كان ما استعمله أحد العاقدين من خديعة يمكن تكييفه بأنه حيلة غير مشروعة أو لا ، ثم قالت : إن

(١) ن . ف ١٤ نوفمبر سنة ١٩١٣ (س ٩١٤ — ١ — ٢٥٩) .

(٢) ن . ف ٣٠ مايو سنة ١٩٢٧ (س ٩٢٨ — ١ — ١٠٥) وتعليق الأستاذ برتون Breton عليه .

مجرد عدم إخبار الزوج زوجه — أثناء عرضه عليها التنازل له عن نصيبها فى أموال الزوجية مقابل ثمن معلوم — بأنه يبتغى بيع بعض العقارات المشتركة لراغب فى شرائها منه — لا يعتبر أنه حيلة غير مشروعة قانونا .

وقد علق الأستاذ بريتون Breton على هذا الحكم فقال : إن كل ما لمحكمة النقض من رقابة فى مسائل التدليس الموجب لعدم صحة الرضا إنما هو فقط فى كون ما اتخذ من الوسائل الاحتيالية غير مشروع قانونا illicite ، أما ما عدا ذلك من المسائل ، وخاصة مسألة كون ما وقع من ضروب الختل والاستهواء يعد أو لا يعد حيلة بالمعنى المقصود فى المادة ١١١٦ من القانون المدنى ، فهو من المسائل الواقعية التى لا رقابة فيها لمحكمة النقض . ولذلك قال إنه لا يرى رأى محكمة النقض فيما ذهبت إليه من أن البحث فى هذه المسألة الأخيرة هو بحث فى مسألة قانونية ، ولا فيما ضيقت به من معنى الحيلة عند أخذها هذا اللفظ بمعنى الوسائل الاحتيالية الإيجابية .

ولا شك عندنا فى أن الاعتراض على تدخل محكمة النقض فى بحث ما إذا كان الفعل أو الترك المنسوب إلى الزوج فى هذه القضية يعتبر أو لا يعتبر حيلة بالمعنى المقصود من هذا اللفظ ، هو اعتراض غير صحيح ، لأن كون الوسيلة التى استخدمها العاقد لخدع العاقد الآخر تعتبر أو لا تعتبر حيلة ، هو من أركان التدليس المشار إليها فى المادة ١١١٦ من القانون المدنى ، ولا محيص من التسليم بأنه كان على محكمة النقض — فى سبيل الرقابة على التكييف فى التدليس — أن تضع لهذا اللفظ تعريفا تأخذ به نفسها فى إنزال حكمه على فهم قاضى الموضوع فى التدليس . ولا يهمنا بعد ذلك أن نقطع فى هذا المقام برأى فى تعريف الحيلة قانوناً ، ولا أن ننتصر لمحكمة النقض فيما رأته أو نؤيد الأستاذ بريتون فيما اقترحه من تعريف هذا اللفظ .

وإذا حق على محكمة النقض أن تتفهم حكم القانون فى « الحيلة » ثم تراقب

إنزال هذا الحكم على حاصل فهم الواقع فى الدعوى ، فإنه كان ينبغى لها — فى رأينا — لو أنها رأت فى الأمر حيلة احتال بها الزوج على زوجته — أن تطابق ما استخلصه قاضى الموضوع من جميع عناصر التحقيق وظروف الأحوال دالا على مبلغ انفعال نفس المجنى عليه وأثره فى إتمام العقد ، على معنى قول القانون « ولولاه ، أى ولولا ما استعمل من الوسائل الاحتيالية ، ما قبل العاقد الآخر العقد وما رضيه » ، فان تطابق المعنيان رفضت الطعن وأبرمت الحكم . أما إذا رأت عدم تطابقهما نقضت الحكم لخطأ فى التكييف . وإن رأت قصور الحكم عن بيان هذه الأحوال وعن مبلغ أثرها فى نفس المجنى عليه نقضته لقصور أسبابه .

٧٢ — (٣) الإكراه الموجب لبطلان المشارطة : والإكراه قانوناً هو الإيعاد بالحاق مكروه غير حق يحمل من وقع عليه على مباشرة ما لا يريده من التصرفات . ويقول قانوننا المدنى فى المادة ١٣٥ : « لا يكون الإكراه موجباً لبطلان المشارطة إلا إذا كان شديداً بحيث يحصل منه تأثير لذوى التمييز مع مراعاة سن العاقد وحالته والذكورة والأنوثة »(١) .

(١) ولا تفترق المادة ١١١٢ من القانون المدنى الفرنسى عن المادة ١٣٥ من القانون الأهلى إلا فى أن المادة الفرنسية ذات فقرتين الأولى منهما تشترط فى الإكراه أن يكون من الشدة بحيث يحصل منه تأثير لذوى التمييز ، والفقرة الثانية تشترط فيه أن يكون مؤثراً فى نفس المكره مع مراعاة السن والحالة والذكورة والأنوثة . وقد تساءل الفقهاء الفرنسيون عن الوصف المناسب لعلية الحكم المترتب عليه ، فقال ماركاديه إنه ليس من الضرورى أن يكون الاكراه مؤثرا فى ذوى التمييز كما تقضى بذلك الفقرة الأولى من المادة ١١١٢ بل يكفى أن يكون مؤثرا فى المكره مع مراعاة السن والحالة والذكورة والأنوثة (ماركاديه طبعة خامسة جزء ٤ ص ٤١١) ، ورأى كولمت دى سانتير الجمع بين الفقرتين على أساس أن الفقرة الأولى تنص على ما ينبغى أن يبلغه الاكراه فى حده الأقصى ، أى أنه إذا ادعى أن المكره كان من قوة الارادة ورباطة الجأش بحيث كان يستطيع مقاومة المكروه الواقع عليه كان للمكره أن يجيب بأن المكروه كان مما ينوء به ذوو التمييز وأن ذلك حسبه فى بطلان المشارطة (جزء ٥ ٢٢ مكررة) . ويكاد يكون الاجماع على أن المناط هو كون الاكراه مؤثراً فى المكره بالنسبة لسنه وحالته وذكورته أو أنوثته (راجع دومات وبوتيه ودومولب وأوبرى ورو طبعة ٥ جزء ٤ ص ٥٠٠ وما بعدها وبودرى (الالتزامات) طبعة ثالثة جزء أول فقرة ٧٤ ، ومطول بلانيول جزء ١ ص ٣١٣) .

ويشير هذا التعريف إلى أن الإكراه لا يكون مبطلا للمشارطة إلا إذا : (١) وقع عند التعاقد (٢) وكان غير مشروع (٣) وأن يولد الإيعاد به فى نفس المكره خوفاً من وقوع ضرر بليغ على الجسم أو المال أو العرض (٤) وأن يكون شديداً بحيث يحصل منه تأثير لذوى التمييز مع مراعاة سن العاقد وحالة الذكورة والأنوثة .

ويدل هذا التعريف أن القانون لا يشترط فى الإكراه أن يكون واقعاً من أحد العاقدين على الآخر كما اشترط ذلك فى التدليس الموجب لبطلان المشارطة .

وجمهرة الفقهاء الفرنسيين على اعتبار الاكراه مؤلفا من عنصرين : عنصر كمّى élément quantitatif وهو كون الإكراه قد بلغ من الشدة بحيث يقهر إرادة المتصرف ويحمله على الرضا بما لم يرض به ، وعنصر كيفىّ élément qualificatif وهو كون الاكراه غير مشروع .

فالتكييف فى الاكراه يكون إذن برد فهم الواقع فيه إلى حكم القانون فى العنصرين المتقدمى الذكر . ولا توهمنك بعض ملخصات أحكام محكمة النقض الفرنسية الصادرة برفض الطعون بأن هذه المحكمة لا تأخذ بحقها فى تكييف وقائع الاكراه بحكم القانون ، وأنها تسلم فيه لقاضى الموضوع ؛ لأنك متى قرأت الأحكام نفسها تبين لك أن محكمة النقض لا تقصد فى الواقع إلا أن تقول إنها لم تر فى صور الدعاوى التى حكمت فيها برفض الطعون غباراً على قاضى الموضوع فى تكييف حاصل فهم الواقع بحكم القانون[1] . ويقوى هذا عندنا أنك ترى أحكاما أخر تشير فيها محكمة النقض إلى حقها فى الرقابة على قاضى الموضوع إذا

---

(١) حكم ٢ ديسمبر ١٨٤١ (س ١٨٤٣ — ١ — ٥٤) و ٢٥ فبراير ١٨٧٩ (س ٧٩ — ١ — ٢٧٣) و ٦ أبريل سنة ١٩٠٣ (س ٩٠٤ — ١ — ٥٠٥) و ١٠ نوفمبر ١٩٠٨ (س ٩٠٩ — ١ — ٧٦) .

أخطأ فى وصف وقائع الاكراه المدعاة بأنها قد بلغت أو لم تبلغ مبلغ الاكراه المفسد للرضا بمعناه القانونى(١) . اقرأ حكمها الصادر فى ١٧ نوفمبر سنة ١٩٢٥ تر أنه بعد أن بين ما أثبته قاضى الموضوع من وقائع الدعوى قال : إن ما حصله منها هذا القاضى لا يتناقض مع موجبها من حكم القانون(٢) .

وقد أبدت محكمتنا رأيها فى تكييف الاكراه بحكمها المؤرخ فى ٢ يونيه سنة ١٩٣٢(٣) فقالت : إن الاكراه الموجب لبطلان المشارطة يجب أن يتحقق فيه شرطان : (الأول) أن يكون ناشئاً عن عمل غير مشروع . و (الثانى) أن يحصل منه تأثير لذوى التمييز .... أما كون ما وقع من الاكراه مشروعاً أو غير مشروع فانه يدخل فى رقابة محكمة النقض ، لأنه وصف قانونى لواقعة معينة يترتب على الخطأ فيه الخطأ فى تطبيق القانون . ثم قالت : إن تنفيذ حكم صدر على مستأجر باخلاء العين المستأجرة هو عمل مشروع قانوناً ضد كل من يوجد بتلك العين وقت التنفيذ ، ما دام هذا الشخص لم يستشكل للمحضر . فاذا ترتب على الشروع فى التنفيذ أن استأجر هـذه العين من وجد فيها وقت التنفيذ ، تحت تأثير هذا الاكراه ، فان العقد لا يكون مشوباً باكراه مبطل للعقد . وهذا الرأى يطابق رأى برتون فى تعليقه على حكم ١٧ نوفمبر سنة ١٩٢٥ المتقدم الذكر .

٧٣ — (٤) التواطؤ فى دعوى ابطال التصرف : إن المادة ١٤٣/ ١١٦٧/٢٠٤ (الأهلى والمختلط والفرنسى) من القانون المدنى إذ تشترط لنجاح

---

(١) حكم ١٧ أغسطس سنة ١٨٦٥ (س ٦٥ — ١ — ٣٩٩) و ٢٧ أبريل سنة ٨٧ (س ٨٧ — ١ — ٣٧٢) .

(٢) ع . ف ١٧ نوفمبر سنة ١٩٢٥ (س ٩٢٦ — ١ — ١٢٢) وتعليق الأستاذ برتون عليه .

(٣) وقد جاء فى أسباب هذا الحكم : أما كون الاكراه شديداً مؤثراً فهو متروك لقاضى الموضوع ، وليس فى الحكم تعليل لذلك ، بل قد كان الحكم فى غنى عن ذكره (المحاماة سنة ١٣ رقم ٦٢ ص ١٥٧ ومج س ٣٣ رقم ٢٣٦ ص ٥٠٠) .

دعوى إبطال تصرفات المدينين الضارة بدائنيهم (en fraude de leurs droits) أن يكون من تصرف ومن وقع له التصرف (فى المعاوضات) سيئى النية (فوق كون التصرف ضاراً) فانه لا مناص من تعريف سوء النية ، ومن القول بأن لمحكمة النقض الرقابة على تكييف حاصل فهم الواقع فى الدعوى على موجب هذا التعريف[١] ، سواء اكتفى فيه بأنه هو مجرد العلم بأن التصرف سيلحق ضرراً بالدائنين[٢] أم اعتبر أنه هو قصد إضرار الغير بهذا التصرف وكون هذا القصد هو العلة فى التصرف[٣] .

فاذا رأيت فى بعض ملخصات أحكام دائرة العرائض الفرنسية أن فصل قاضى الموضوع بأن التصرف قد شابه من التواطؤ ما استوجب البطلان هو فصل نهائى لا رقابة فيه لمحكمة النقض ، فاعلم أن تلك المحكمة لم ترد إلا أن تقول : إنها لم تر من بيانات الحكم المطعون فيه ما يدل على أن قاضى الموضوع قد أخطأ فى تكييف فهم الواقع فى الدعوى بحكم القانون[٤] .

ويؤيد رأينا هذا الحكم الذى أصدرته الدائرة المدنية فى ٣ مارس سنة ١٨٦٩ . ومحصل القضية أن أحد المزارعين ثقلت عليه الديون وساءت حالته المالية ، فأراد أن يصفى مركزه مع دائنيه على قدم المساواة بينهم ، وأن يحفظ لابنه العزبة التى كان يستغلها ، فباع هو وزوجه أموالها المنقولة لابنه هذا وأخذا

---

(١) مطول بلانيول (آخر فقرة ٩٣٠ ص ٢٣٤ جزء ٢ فى الالتزامات والعقود)

(٢) بودرى جزء ١ فقرة ٦٥٧ وكولان وكابتان جزء ٢ فقرة ٢٥٩ (طبعة سابعة) وهو ماصرحت به بعض أحكام محكمة النقض الفرنسية : ع . ف ٢٥ يونيه ١٨٩٥ (س ٩٩ — ١ — ٤٩١) وباقى الأحكام المذكورة فى بلانيول المطول جزء ٢ بهامش ١ ص ٢٣٢

(٣) وهو رأى جمهور الفقهاء : لوران ولارومبير ودومولب وهوك ، ويؤيده كثير من الأحكام المبينة بهامش ٢ بالمرجع السابق .

(٤) ع . ف ٢٨ أغسطس سنة ١٨٧١ (س ٧٨ — ١ — ٣١٦) وحكم ١٦ إبريل سنة ١٨٨٩ (س ٩١ — ١ — ١٠٦) ون . ف ٧ يوليه ١٨٩٦ (س ٩٦ — ١ — ٤٠٥) .

بثمنها سنداً عليه ، ولكى يمكناه من القيام بوفاء هذا الدين وهبته والدته عقاراتها الجهازية تمكيناً له من السعى فى الحياة à titre d'etablissement ثم طلبا من أحد الموثقين مفاوضة الدائنين فيما يعرضه عليهم من تكليف ولده بدفع قيمة السند لهم يقتسمونه على نسبة ديونهم ، ومن إعطائهم رهناً بديونهم على تلك العقارات الموهوبة ، فعرض الموثق هذه التسوية على جميع الدائنين واحداً بعد آخر فقبلوها شفويا ، غير أن ثلاثة منهم رأوا أن يطالبوا مدينهم بما كان لهم عليه من دين أمام القضاء ، ليكون لهم السبق على غيرهم بتسجيل ما يأخذونه من رهن قضائى بمقتضى الحكم الذى يصدر لهم ، فرأى الموثق بعد رفعهم هذه الدعوى أن يجمعهم هم و باقى الدائنين فى اليوم التالى ليحرر لهم جميعاً عقد التسوية والرهن والإحالة ، فحضروا إلا من رفع الدعوى ، فبادر بتحرير العقد لأولئك الحاضرين ، ولما وقع تسجيل هذا العقد قبل تسجيل ذلك الرهن القضائى الذى حصل عليه رافعو تلك الدعوى بعد الحكم لهم فيها ، رفع أولئك الذين خاب سعيهم دعوى إبطال التصرف الذى أتمه الموثق ، زاعمين أنه وقع بقصد الإضرار بهم ، وأنه قد أضر بهم فعلا ، فحكمت المحكمة الابتدائية برفض الدعوى ، ومحكمة الاستئناف حكمت بالغاء الحكم المستأنف ، وقضت محكمة النقض بنقض الحكم الاستئنافى ، وقالت فى حكمها : إنه إذا كان لقضاة الموضوع أن يتفحصوا التصرفات التى يطلب منهم الحكم بابطالها لاضرارها بالدائنين ، وأن يتعرفوا من ظروف الدعوى وأحوالها ما كان من نية عند من تصرف ومن وقع له التصرف فان لمحكمة النقض الرقابة على ما استخلصوه من ذلك لمعرفة ما إذا كان رائدهما فى التصرف هو جلب مصلحة أو دفع مفسدة أو الإضرار بالدائنين ليس إلا . ثم بحثت المحكمة فيما أثبته الحكم المطعون فيه من وقائع الدعوى وظروفها فتبينت أن المدين لم يكن له فى تصرفه نية سوء بدائنيه ، وأن أولئك الذين أتموا التسوية لم يقصدوا كذلك الإضرار بمن انشق عنهم ، وأنهم رموا جميعاً بتعجيل إتمام هذه التسوية العادلة إلى اتقاء ما عسى أن

يلحقهم هم أنفسهم من ضرر انتظار من انشق عنهم حتى يصدر لهم الحكم بدينهم فيأخذون به رهناً قضائياً يكتبون به لأنفسهم السبق على باقى الدائنين . ثم قالت : إن الدائنين الذين انفردوا بمطالبة مدينهم بالدين رغم التسوية العادلة التى عرضت عليهم هم الذين بتنحّيهم عن الجماعة قد أضروا أنفسهم . ولذلك نقضت الحكم المطعون فيه[1] .

ولهذه الدائرة حكم آخر[2] ذهبت فيه مذهبها هذا فى التكييف ، فعرفت سوء النية ثم طبقت تعريفها على صورة الدعوى ، فلما لم تر الحكم المطعون فيه قد طبقه نقضت الحكم . وتتلخص وقائع القضية فى أن مصفى شركة رفع على أحد المكتتبين فى سهوم رأس مالها دعوى طالبه فيها بالقسط الثانى من ثمن ما اكتتب به من السهوم. و ببطلان عقد الهبة الذى تصرف به لأولاده فى جميع أمواله محتفظاً لنفسه بحق الانتفاع بالهبة مدة حياته ؛ فرأت محكمة الموضوع أن التصرف كان معاوضة عاوض فيها المدين أولاده فأعطاهم الأموال الموهوبة وأخذ منهم حق الانتفاع بها مدة حياته ، وأن ليس فى الدعوى مايدل على أن الرجل قد تواطأ مع أولاده على الإضرار بدائنيه ، ولذلك قضت برفض دعوى بطلان التصرف . أما محكمة النقض فقد نقضت هذا الحكم وقالت فى أسبابه : إنه ليس فى العقد أية عبارة أو أى شرط يمكن أن يدل على أن أولاد الرجل عاوضوا والدهم فأعطوه حق الانتفاع على ما وهبه لهم من الأموال مقابل هبته ، و إن محكمة الموضوع قد أخطأت فى اعتبار العقد معاوضة ، ثم قالت : إن التواطؤ الوارد ذكره بالمادة ١١٦٧ من القانون هو بوجه عام علم المدين بدينه وإدراكه أن تصرفه فى ماله سيلحق ضررا بدائنيه ، وإن محكمة الموضوع إذ اكتفت فى حكمها المطعون فيه بالقول بأن لا شىء يثبت التواطؤ بين الرجل وأولاده مع أن

(١) حكم ٣ مارس سنة ١٨٦٩ (س ٦٩ — ١ — ١٤٩)
(٢) ١٨ ديسمبر سنة ١٨٩٣ (س ٩٦ — ١ — ١٣٤)

الثابت فى وقائع الحكم أن الشركة كانت تستند فى إثبات سوء القصد على مدينها بخطاب أرسله لها يخبرها به أنه غير راغب فى دفع ما استحق عليه من ثمن الأسهم التى اكتتب بها ، فحكمها يكون إذن غير مسبب و يتعين نقضه[١] .

٧٤ — (٥) التكييف فى استبدال الدين بآخر : استبدال الدين بآخر حقيقة قانونية معروفة عناصرها ، دين قديم يراد زواله ، ودين جديد يراد إيجاده ، وغيرية بين الدينين يترتب عليها زوال الدين القديم و إنشاء الدين الجديد (تغيير سبب الدين أو تغيير المدين أو تغيير الدائن) ، ونية أكيدة على إيقاع هذا الاستبدال والتجديد وترتيب ما لذلك من آثار وأحكام قانونية .

فتكييف الواقع فى الدعوى بهذه الحقيقة القانونية يكون إذن برد ما ثبت من عناصر هذا الواقع إلى حكم القانون فى كل منها . ومعنى هذا أن قاضى الموضوع لا ينبغى أن يحكم فى الدعوى بالتطبيق لأحكام المادة ١٥٦ من القانون وما بعدها إلا بعد أن يتحقق من أن هذه العناصر الواقعية الثابتة فى الدعوى تطابق تلك الأركان القانونية فى توافر ما اشترط لهذه الأركان من شروط ، فيتحقق مثلا من أن الدين القديم كان صحيحاً يصح استبدال غيره به[٢] ، ومن أن الدين الجديد قد أنشىء على الوجه الصحيح قانوناً[٣] ، ومما إذا كانت العناصر التى أدخلت على الدين القديم (من تغيير السبب أو المدين أو الدائن) يترتب على إدخالها القول بوقوع الغيرية بين الدينين .

ولا شك عندنا فى أن نشاط القاضى فى تكييف فهم الواقع فى الدعوى بحكم القانون فى هذه العناصر الثلاثة خاضع لرقابة محكمة النقض .

---

(١) ووجه الاستشهاد بهذا الحكم أن المحكمة عرفت سوء النية فى باب بطلان التصرف ثم أخذت به فى الدعوى ، فلما رأت قصور أسباب الحكم المطعون فيه وعجزت عن رقابة التكييف بهذا التعريف الذى وضعته نقضت الحكم .

(٢) راجع فيما إذا كان يصح أو لا يصح إخراج الدين الطبعى على صورة الدين المدنى مطول بلانيول جـ ٢ فى العقود فقرة ١٢٥٨ وص ٥٨٧ هامش ٢ وما فيه من المراجع .

(٣) المرجع السابق فقرة ١٢٥٩

أما فيما يتعلق بالنية فقد كان التكييف موضع الجدل والشك والاضطراب ، لأن النية — كما يقولون — أمر قلبي لا يشترط القانون توافره حتما من ظرف معين ، وإنما يستخلصها قاضي الموضوع من ظروف الدعوى وأحوالها ، فمن اقتصر في النظر على هذا القدر جعل التكييف من سلطة قاضي الموضوع . وأما من أدرك أن المقصود من التكييف هو مطابقة ما يستخلصه هذا القاضي من نية بمعنى هذه النية في استبدال الدين ، فإنه فصل بين ما لا يخضع فيه لرقابة محكمة النقض وما يخضع فيه لهذه الرقابة فقال : إن لقاضي الموضوع السلطة التامة في استخلاص نية خصوم الدعوى من ظروفها وأحوالها ، أما وصف هذه النية بأنها هي نية الاستبدال قانوناً أو أنها غير هذه النية ، فرأى قاضي الموضوع فيه خاضع لرقابة محكمة النقض . وإذ كانت النية في الاستبدال هي إرادة انقضاء الدين القديم وإنشاء دين آخر يختلف عن الأول في موضوعه أو في سببه أو في شخص الملتزم به أو الملتزم له ، فإنه يجب توخي هذه المعاني في النية التي يستخلصها قاضي الدعوى من ظروف أحوالها ومستنداتها ودلائلها . ذلك لأن الواقع في الدعوى قد لا يكون إلا مجرد اتخاذ الدائن طريقاً سهلا لاستيفاء دينه من مدينه نفسه ، أو مجرد وكالة يصدرها الدائن لغيره في قبض الدين أو يصدرها المدين كذلك في وفائه ، والقاضي إذا وصف هذا الواقع بغير ما ينبغي أن يوصف به اختل الحكم كما لا يخفى .

وقد أفصحت محكمة النقض الفرنسية عن هذا المعنى في حكم أصدرته في الحادثة الآتية : شركة مساهمة أنشئت قبل قانون ٢٤ يوليه سنة ١٨٧٦ وجاء في قانونها الأساسي المذاع والمصدق عليه وفق أحكام القانون أن لأصحاب الحصص الذين لم يدفعوا كامل أثمانها أن يتنازلوا عنها لغيرهم بشرط أن يصادق مجلس الإدارة على التنازل ويؤشر على هذه الحصص بأسماء من وقع لهم التنازل . أفلست الشركة فطالب وكيل الدائنين بعض أصحاب هذه الحصص

بمـا بقى عليهم من أثمانها رغم تنازلهم عنها ورغم تصديق مجلس إدارة الشركة على التنازل ، فدفعوا بأن الشركة بقبولها التنازل قد استبدلت بهم من التزموا لها بدفع باقى أثمان الحصص ، فحكمت المحكمة الابتدائية بإلزام المدعى عليهم ، ومحكمة الاستئناف ألغت الحكم المستأنف معتمدة على أن مجلس إدارة الشركة إذ صدق على تنازل أصحاب الحصص الأولين عنها و إذ أشر بأسماء المتنازل لهم على سندات الحصص يكون قد استبدل بهؤلاء أولئك الذين وقع لهم التنازل بعد أن أبرأ ذمة الأولين من دينهم القديم . فطعنت الشركة فى هـذا الحكم لدى محكمة النقض وكان وجه الطعن أن الحكم المطعون فيه قد أخطأ فى تطبيق المـادة ١٢٧٣ من القانون المدنى التى تقضى بأن الرضاء فى الاستبدال لا يفرض ولا يكون إلا صريحا وأن الحكم استنتج نية الاستبدال من وقائع الدعوى وظروفها . فلمـا لاحظت محكمة النقض أن قاضى الموضوع قد استخلص هـذه النية من الظروف والوقائع التى أثبتها فى حكمه وأنه لم يخطئ فى وصفها بأنهـا هى النية الواجب توافرها فى الاستبدال رفضت الطعن ووضعت قاعدة حكمها على هذا الأساس فقالت : إن قاضى الموضوع له السلطة التامة فى استخلاص نيـة الخصوم من الأوراق والعقود التى لهـا حق تفسيرها بغير رقابة وأن لمحـكمة النقض الرقابة على ما تعطيه محكمة الموضوع من وصف قانونى لجميع ظروف ووقائع الاستبدال التى تتألف منهـا حقيقته القانونية[١] .

٧٥ — (٦) **التكييف فى وضع اليد المكسب للملك بالتقادم** : قد بين القانون أركان وضع اليد المـكسب للملك وشرائطه من وجود عقار قابل للتملك بمضى المدة فى تصرف واضع يدٍ تصرف المالك فى ملـكه ظاهراً بنفسه أو بوكيل

(١) ٢٠ فبراير سنة ١٨٩٤ (س ٩٤ — ١ — ٨٥) وتقرير المستشار روسيليه فى بيان الأحكام التى أصدرتها محكمة النقض فى شأن استبدال الدين بآخر وما تراقبه منه محكمة النقض ومالا تراقبه . وراجع فى تبديل الدين الطبعى بالدين المدنى ع . ف ١٠ نوفمبرسنة ١٩٢٤ (دالوز الأسبوعية سنة ١٩٢٤ ص ٦٦٥)

عنه بغير منازع ومستمراً بغير انقطاع المدة القانونية المكسبة للملك . ولهذه الأركان والشروط وما يلحقها من الخصائص معانٍ قانونية معروفة يجب على قاضى الموضوع التحقق من توافرها فى دعوى التملك بالتقادم أو فى دعوى منع التعرض .

وكثيراً ما يبدو على أحكام دائرة العرائض الفرنسية الصادرة برفض الطعون أنها تذهب إلى أن قاضى الموضوع هو الذى يفصل فصلا نهائياً لامعقب عليه فيما إذا كانت وقائع وضع اليد المدعاة مما يجوز قبوله وتحقيقه أو لم تكن ، وفيما إذا كان التحقيق المأمور به قد أفاد وضع اليد أو لم يفده ، وفيما إذا كان وضع اليد الذى أثبته التحقيق قد توافرت فيه شرائطه القانونية من الظهور وعدم المنازعة والاستمرار وكون المتصرف فى اليد يتصرف تصرف الملاك فى أملاكهم أو لم تتوافر . وذلك على اعتبار أن جميع هذه المسائل تتعلق بفهم الواقع فى الدعوى[1] .

ولكنها أخذت تفصح عن رأيها الحقيق فى حكمها المؤرخ فى ٢٧ نوفمبر سنة ١٨٧٦ حيث قالت : إن لقاضى الموضوع سلطةَ تقدير ما إذا كان وضع اليد حصل بنية التملك و بغير منازع أو لم يكن ، ولكن لمحكمة النقض حق الإشراف على تقديره إذا تجاهل ما يشترطه القانون فى وضع اليد من الشرائط القانونية الواجب توافرها فيه[2] .

ثم تبعتها فى ذلك الدائرة المدنية بحكمها المؤرخ فى ١٨ مايو سنة ١٨٩٢ حيث قررت فى وضوح وجلاء أن لها أن تتحقق من بيانات الحكم المطعون فيه إن

---

(١) (سيريه ٦٨ — ١ — ١٥٦) و (س ٧٤ — ١ — ٤٨٥) و (س ٧٥ — ١ — ١٧) و (س ٧٧ — ١ — ١٥٥) ، (س ٨٢ — ١ — ٤٥٦) ، س (٨٣ — ١ — ٢٤٨) و س (٨٩ — ١ — ١١٨) الخ والأحكام التى ذكرها بودرى فى الجزء الخاص بالتقادم ص ٢٣٤ وهوامشها . وجميع هذه الأحكام صادرة برفض الطعون وقليلة الأسباب وتختلط فيها مرحلة تقدير الوقائع بمرحلة تكييفها فهى لا تصلح للاحتجاج العلمى على ما سبق إبداؤه . وقد لخصت بعض هذه الأحكام فى تعليقات دالوز واستشهد بها على اختصاص قاضى الموضوع بهذه المسائل (راجع فقرة ٣٢٨٤ لغاية ٣٢٩٦) فينبغى التنبه والالتفات إلى ذلك .

(٢) (سيريه ٧٦ — ١ — ٢٧٠) وحكم ٧ نوفمبر سنة ١٨٨٨ (س ٩٠ — ١ — ٤٦١) وحكم ٢٨ يناير سنة ١٨٧٩ (س ٨٠ — ١ — ٢٥)

كان وضع اليد قد توافرت فيه شرائطه القانونية أو لم تتوافر[١] .

وهـذا هو الذى أيده بودرى فى مطوله وهو الذى نعتقد صحته لأن تكييف الواقع فى الدعوى بأحكام القانون فى وضع اليد المكسب للملك لا يكون إلا برد عناصر الفهم الواقعية إلى معانى تلك العناصر القانونية والأخذ بموجبها فى الدعوى ، وقد قلنا إن هذا الاجتهاد قانونى يجب أن تراقبه محكمة النقض بغير شك[٢] .

ولمحكمة النقض المصرية أحكام أبدت فيها رأيها فى التكييف فى مسائل وضع اليد ، فقالت فى حكم منها : يجب أن تبين محكمة الموضوع فى حكمها العناصر الواقعية لثبوت حق الارتفاق المدعى اكتسابه بالتقادم من وضع ذى اليد بصفته مالكا ظاهراً مستمراً المدة الطويلة المكسبة للحق ، فإذا اكتفى الحكم فى معرض هذا البيان بقوله : « إنه تبين من محضر انتقال المحكمة إلى محل النزاع ومن تقرير الخبير وملحقه أن هناك ساقية واقعة فى الجزء الغربى من القطعة المبنية قائمة على بئر قديم جدا وأن لها مجرى توصل المياه إلى حديقة المدعى عليه من عهد بعيد مما يكسبه حق الارتفاق ويحول دون إزالة الساقية » فإن هذه العبارة تعتبر قاصرة

(١) (س ٩٢ — ١ — ٣٥٧) وما عليه من تعليق اختتمه صاحبه بأن هذا القضاء هو الصحيح فقها . وهو الرأى الذى أشار إليه فاى بإيجاز (ص ١٨٣ و ١٨٤)

(٢) ومن المسائل القانونية فى هذا الباب : (١) أن وضع اليد لا يفيد الملك إلا بقدر الحاصل منه ، فمن وضع اليد على باطن عقار لا يتملك ظاهره ، وواضع اليد على أشجار قد غرسها يتملكها هى بحق القرار ولا يتملك الأرض القائمة هى عليها ، ومن يتملك على جاره بوضع اليد حق غرس أشجاره المعينة على أقل من المسافة القانونيـة لا يكون له حق غرس غيرها على هذه المسافة (٢) والاستيداع والاستعارة والاستيهاب تعتبر إقراراً بعدم الملك لمباشر ذلك فلا تسمع دعواه لنفسه على واضع اليد ولو لم يمض على وضع اليد المدة المحددة لمنع سماع الدعوى (٣) ومن هذه المسائل تحديد معنى الظهور والاستمرار وعدم المنازعة ونية التملك ، وما الذى يوقف مدة وضع اليد أو يقطعها ، وما هى أحوال الايقاف وأحوال الانقطاع ، وهل بيان القانون لها هو بيان حصر أم لا ، وما المراد بالطلب القاطع للمدة ، وما شروطه ، وما معنى مفقود الأهلية وهل يعتبر الغائب غيبة منقطعة أنه مفقود الأهلية فى حكم المادة ٨٤ من القانون المدنى ، وما المراد بالتعرض القانونى الذى يصلح أساساً لرفع دعوى منع التعرض ، وما الشروط الواجب توافرها لقبول دعوى استرداد الحيازة ، وما الذى يغير النية فى وضع اليد ، وما شرط قبول الادعاء بتغييرها ، إلى غير ذلك من مسائل التكييف والتطبيق القانونى .

عن بيان العناصر الواقعية الواجب بيانها ، وهذا القصور يعجز محكمة النقض عن الأخذ بحقها فى رقابة تطبيق القانون[١] .

وقالت فى حكم آخر : إن دعوى استرداد الحيازة تقوم قانوناً على رد الاعتداء غير المشروع بدون نظر إلى وضع اليد فى ذاته ، ولذلك لا يشترط فيها نية التملك عند واضع اليد ولا وضع اليد مدة سنة على الأقل سابقة على التعرض ، ويصح رفعها ممن ينوب عن غيره فى الحيازة بل ممن كانت حيازته عن تسامح من صاحب اليد ، إنما يكفى فى قبولها أن يكون لرافعها حيازة واقعية هادئة ظاهرة وأن يقع سلب الحيازة بقوة أو بإكراه . فإذا قبلت المحكمة دعوى استرداد الحيازة مع قيام وضع يد المدعى عليه فيها بغير قوة ولا إكراه فإنها تكون قد أخطأت فى تطبيق القانون[٢] .

وقالت فى حكم آخر : المسائل المتعلقة بانقطاع مدة التقادم يكون مناط خضوعها لرقابة محكمة النقض هو التفرقة بين ما إذا كان قطع مدة التقادم مترتباً على اعتراف واضع اليد أو المدين بالحق المطالب هو به اعترافا يجب الرجوع فى استفادته إلى فعل مادى مختلف على دلالته أو إلى ورقة مقدمة فى الدعوى مختلف على دلالتها الصريحة أو الضمنية كذلك ، وبين ما إذا كان قطع المدة مترتباً على ورقة الطلب المقدم للمحكمة بالحق المطلوب استرداده واقتضاؤه . فنى الصورة الأولى يكون حكم قاضى الموضوع مبنيا على ما استنتجه هو من الأفعال أو الأوراق المقدمة المتنازع على دلالتها الفعلية ولا رقابة لمحكمة النقض عليه فى ذلك . أما فى الصورة الثانية فإذ كان النزاع بين خصوم الدعوى قائما على ما يكون لورقة الطلب من الأثر القانونى فى قطع مدة التقادم وعلى متى تكون الورقة قاطعة وفيما تكون ، أى على

(١) ن . م . م ٢٦ أبريل سنة ١٩٣٤ (القانون والاقتصاد سنة ٤ ص ١٣٠ رقم ٤٢ والمحاماة س ١٤ ق ١ رقم ١٧٣ ص ٤٢١)

(٢) ن . م . م ٢٦ يونيه سنة ١٩٣٣ (القانون والاقتصاد سنة ٣ رقم ١٣٣ والمحاماة س ١٤ ق ١ رقم ٤٣ ص ٦٨)

ما اشترطه القانون فى ورقة الطلب من الشرائط القانونية ، فيكون فصل المحكمة فى ذلك فصلا فى مسألة قانونية تخضع فيه لرقابة محكمة النقض[١] . وجاء فى نفس هذا الحكم أن المفهوم من نص المادتين ٢٠٥ ، ٨٢ من القانون المدنى أن الشارع قد اشترط أن يتوافر فى الورقة التى تقطع مدة التقادم معنى الطلب الواقع فعلا ، الجازم بالحق الذى يراد استرداده (فى التقادم المملك) أو بالحق الذى يراد اقتضاؤه (فى التقادم المبرئ من الدين) ولهذا لا تعتبر صحيفة الدعوى المرفوعة بحق ما قاطعة إلا فى خصوص هذا الحق أو ما التحق به من توابعه مما يجب لزوماً بوجوبه أو يسقط كذلك بسقوطه ، فإن تغاير الحقان أو تغاير مصدرُها فالطلب الحاصل بأحدهما لا يكون قاطعاً لمدة التقادم بالنسبة للحق الآخر[١] .

وقررت فى حكم آخر[٢] — فى سبيل تكييف وضع اليد بحكم القانون — القواعد الآتية :

(١) إن القاعدة التى تقررها المادة ٧٩ من القانون المدنى صريحة فى أن لا سبيل لمن وضع يده بسبب وقتى معلوم غير أسباب التمليك المعروفة إلى أن يكسب — لا هو ولا ورثته — الملك بوضع اليد ، مهما تسلسل التوريث وطال الزمن .

(٢) وضع اليد بسبب وقتى معلوم غير أسباب التمليك المعروفة لا يعتبر صالحا للتمسك به إلا إذا حصل تغيير فى سببه يزيل عنه صفة الوقتية . والمفهوم من قواعد التمليك بمضى المدة الطويلة ومن باقى الأصول القانونية أن هذا التغيير لا يكون إلا بإحدى اثنتين : أن يتلقى ذو اليد الوقتية ملك العين عن شخص من الأغيار يعتقد هو أنه هو المالك لها والمستحق المتصرف فيها ، أو أن يجابه ذو اليد

(١) ن . م . م ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣١ (المحاماة سنة ١٢ ص ٥٩٦ رقم ٢٩٩ ومج س ٣٣ عدد ١٠٨ ص ٢٠٦) .

(٢) ن . م . م ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٥ (المحاماة سنة ١٥ ق ١ رقم ١١٩ ص ٢٥٢ ومج س ٣٦ عدد ٩١ ص ٢٢٦) .

الوقتية مالك العين مجابهة ظاهرة صريحة بصفة فعلية أو بصفة قضائيــة أو غير قضائية تدل دلالة جازمة على أنه منهمع إنكار الملكية على المالك والاستئثار بها دونه .

و إذن فالواقف الذى هو مستحق للوقف وناظر عليــه لا يمكن أن يكون وضع يده إلا بصفة وقتيــة من قبل أنه منتفع أو مدير لشؤون العين بالنيابة عن جهة الوقف ، فحكم المادة ٧٩ من القانون المدنى يسرى بداهة عليه وعلى ورثته من بعده مهما تسلسل توريثهم وطال وضع يدهم ، ولا يستطيع أيهم أن يتملك العين بالمدة الطويلة إلا بعد أن يغير صفة وضع يده على النحو السالف الذكر ، ومجرد وضع يد أولاد الواقف على العين بنية الملك عقب قسـمة أجروها بينهم ، ثم مجرد تصرفهم بالبيع لأولادهم المستحقين بعدهم فى الوقف ، لا شىء فيها يمكن اعتباره مغيرا لسبب وضع يدهم الذى لا يخرج عن الوراثة أو عن الاستحقاق فى الوقف .

(٣) إذا أدخلت محكمة الموضوع مدة وضع يد أولاد الواقف فى مدة الثلاث والثلاثين سنة ، بغير أن يكون فى الدعوى منهم ما يصح اعتباره قانوناً أنه قد غير وضع يدهم الأصلى الذى كان هو الوراثة والاستحقاق فى الوقف ، فإنها تكون قد أخطأت فى تطبيق المادة ٧٩ من القانون المدنى ، و يكون حكمها متعين النقض .

ج — أمثلة مختارة من قانون المرافعات

٧٦ — (١) سوء استعمال الحق — سوء القصد فى تعاطى رخص القانون — اعلان الإنذار بغير الاستئناف للمستأنف بقلم الكتاب : وكذلك يكون التكييف فى قواعد المرافعات ، فقد طعن أمام محكمة النقض المصرية بأن محكمة استئناف أسيوط أخطأت فى تأويل نص المادتين ٣٦٢ و ٣٦٤ من قانون المرافعات ، إذ قضت برفض ما دفع به المستأنف عليه من اعتبار الاستئناف كأن

لم يكن لقيده بعد الميعاد ، وكان عليها أن تحكم بقبول هـذا الدفع لأن المستأنفة لم تتخذ لها محلا مختارا بمدينة أسيوط حيث توجد المحكمة المرفوع لها الاستئناف ، ولذلك أنذرها بقيد استئنافها وأعلنها بإنذار القيد فى قلم كتاب المحكمة بالتطبيق لهاتين المادتين . فمحكمة النقض — بعد أن بينت أن مقصود الشارع من الترخيص للمستأنف عليه فى إعلان الأوراق للمستأنف بقلم الكتاب ، إنما هو التيسير على المستأنف عليه ودفع ما يكون من مشقة عليه لو أعلن الأوراق للمستأنف بمحله الأصلى البعيد عن محله هو ومحل المحكمة ، و بعد أن قالت : « إن تعاطى رخص القانون يجب أن يقع موافقا لمقصود الشارع منها من جلب المصلحة أو دفع المفسدة ، و إنها إذا تعوطيت لا بقصد تحصيل مقصودها المشروع بل بقصد الاستضرار كان العمل باطلا » — قالت بعد ذلك : « إن محكمة الاستئناف قد أخذت فى الحكم المطعون فيه بهذا الأصل المتفق مع روح القانون وأصوله ، وردت على المستأنف عليه قصده السيئ وأبطلت عليه إنذاره وحكمت بعدم قبول دفعه و بقبول الاستئناف . وذلك بعد أن استيقنت من ظروف الدعوى وأحوالها أن الطاعن لم يكن يقصد من إعلان إنذاره للمستأنفة بقلم الكتاب إلا مجرد الإضرار بالمستأنفة وتفويت ميعاد القيد عليها و إبطال استئنافها » ثم حددت سلطة قاضى الموضوع فى ذلك ومدى رقابتها هى فقالت : « إن لمحكمة الموضوع السلطة التامة فى تقدير ظروف الدعوى لاستخلاص ما إذا كان المستأنف عليه فى ترخصه فى إعلان إنذار قيد الاستئناف للمستأنف بقلم الكتاب كان سيئ النية بالمعنى المتقدم الذكر أو لم يكن ، و إنما عليها أن تبين فى حكمها الظروف والقرائن التى رأتها تحتمل الدلالة على سوء النية لتتمكن محكمة النقض من مراقبة تكييف موجبها بحكم القانون » ثم قالت : « إن الحكم المطعون فيه قد أتى فى ذلك بالقدر الكافى » ولذلك قضت برفض هذا الوجه من وجوه الطعن[1] .

(١) حكم ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ (مجلة القانون والاقتصاد رقم ٧٦ سنة ٣ ص ٥٧ والمحاماة س ١٣ رقم ٣٤٠ ص ٦٩٠ ومج س ٣٤ عدد ٤٠ ص ٧٤) .

ألا ترى أن محكمة النقض — بعد أن فسرت القانون و بينت أنه لا يجوز للمستأنف عليه أن يترخص فى إعلان الأوراق للمستأنف بقلم الكتاب بقصد الاستضرار ، وأنه إذا تعاطى الرخصة فى ذلك بهذا القصد ردت عليه المحكمة قصده وأبطلت إنذاره — رجعت إلى ظروف الدعوى التى بينتها محكمة الموضوع فى حكمها واستخلصت منها أن المستأنف عليه ما كان يقصد إلا الإضرار بالمستأنفة ، فلما رأت أنها تحتمل الدلالة على أن القصد الذى أثبته الحكم يتفق مع المعنى القانونى لسوء القصد فى تعاطى رخص القانون أبرمت الحكم المطعون فيه لعدم خطئه لا فى تفسير القانون ولا فى إنزال حكمه على صورة الدعوى تكييفاً لها .

٧٧ — (٢) **الإجراءات الكيدية** : وقد أحسنت محكمتنا بسط مذهبها فى التكييف فى حكم أصدرته فى ٩ نوفمبر سنة ١٩٣٣ ، وكان مبنى الطعن أن السيدة . . . . . عمة الطاعنات طلبت من محكمة مصر الابتدائية الأهلية الحكم على بنات أخيها بأن يدفعن لها قيمة المصاريف وأتعاب المحاماة التى اضطرت إلى صرفها فى القضايا الكيدية والإجراءات التعسفية التى اتخذت أمام المحاكم الأهلية والشرعية والمختلطة بسبب إنكارهن وراثتها لمورثهن ، فحكمت بإلزامهن بأن يدفعن لها ما طلبته . ومحكمة استئناف مصر عدّلت الحكم المستأنف ، فجعلت المبلغ المحكوم به كذا جنيهاً ، فزعمت الطاعنات أن بهذين الحكمين قصوراً عن بيان الأسباب التى يجب اشتمال كل منهما عليها ، وأن هذا القصور يستوجب نقض الحكم المطعون فيه ، فاستهلت محكمة النقض حكمها بتعريف الإنكار الكيدى و إبراز عناصره ، فقالت : « إن الإجابة على الدعوى بإنكارها هى فى الأصل حق مشروع لكل مدعى عليه يقتضى به إلزام خصمه بإثبات مدعاه ، فإن سعى بإنكاره فى دفع الدعوى وخاب سعيه فحسبه الحكم بالمصاريف بالتطبيق لنص المادة ١١٤ من قانون المرافعات . أما إذا أساء المدعى عليه استعمال هذا الحق بالتمادى فى الإنكار أو بالتغالى فيه أو بالتحيل به ابتغاء مضرة خصمه فإن هذا الحق ينقلب

عندئذ مخبثة تجيز للمحكمة الحكم عليه بالتعويضات فى مقابل المصاريف الناشئة عنه والمترتبة عليه بالتطبيق للمادة ١١٥ مرافعات » ثم قالت : « إن الإنكار الكيدى هو حقيقة قانونية تقوم على أركان ثلاثة : أولها خروج المنكر بإنكاره عن حدوده المشروعة بقصد مضارة خصمه ، وثانيها كون هـذا الإنكار ضارا فعلا ، وثالثها كون الضرر الواقع قد ترتب فعلا على هذا الإنكار وبينهما علاقة السببية » ثم قالت ، وهو بيت القصيد : «إنه لاسبيل لها إلى رقابة تكييف ماحصله قاضى الموضوع من فهم الواقع فى الدعوى بحكم ما جاء بالقانون تعريفاً للكيد فى إجراءات المرافعة (المادة ١١٥ مرافعات) إلا إذا كان الحكم المطعون فيه قد عنى بإيراد العناصر الواقعية اللازمة ، على التفصيل الواجب قانوناً بنص المادة ١١٣ من قانون المرافعات » ثم رجعت إلى الحكمين فقالت : « إن كليهما قد اقتصر فى الواقع على التقرير بصدق مزاعم المدعى عليه (فى الطعن) فقد جاء بالحكم المستأنف . . . . وجاء بالحكم الاستئنافى . . . . . . وهـذه الأسباب قد شارفت الغاية من القصور والإبهام وأصبحت هـذه المحكمة إزاءها لا تعرف ما هى تلك القضايا المختلفة التى قامت أمام المحاكم الشرعية والأهلية والمختلطة ، وماذا كان موقف كل خصم من خصمه فيها ومن الذى أنكر صفة المدعى عليها وما هى ظروف هذا الإنكار وكيف كان ، وهل بلغ أن يصير كيديا وما هى تلك الإجراءات التعسفية التى مر عليها الحكمان بغير بيان ، وما إلى ذلك من جميع العناصر الواقعية التى يصح استخلاص الكيدية منها بمعناها القانونى ؟ . . . . وكان حقا على محكمة الموضوع أن تحقق (دفاع الطاعنات) وتوازن بينه و بين ما تكون قد أبدته المدعى عليها هى الأخرى من وجوه الدفاع ، ثم تحصل من هذه الموازنة ما تطمئن إليه ، ثم تطبق حاصل فهمها فى ذلك على ما جاء بالقانون من أحكام الكيدية فى التقاضى ليخرج حكمها مسبباً مقنعاً »[1] .

---

(١) ن . م . م ٩ نوفبر سـنة ١٩٣٣ (القانون والاقتصاد سنة ٤ رقم ٥ والمحاماة س ١٤ ق ١ عدد ٥٧ ص ٩٣ ومج س ٣٥ عدد ١١ ص ٢١ (و ن . ف ٨ ديسمبر سنة ١٨٨٤ (د ٨٦ — ١ — ٢٠٧) ومازود جـ ١ فقرة ٥٩١ ص ٤٥٢ و ٤٥٣ وبهامش هذه =

د — مسائل شتى

٧٨ — ومن قضاء محكمة النقض الفرنسية أن لها الحق فى مراقبة ما إذا كانت الظروف والعناصر الواقعية التى أثبتها قاضى الموضوع يمكن اعتبارها تجديدا للدين(١) ، أو مقاصة(٢) ، أو إحلالا محل الدائن(٣) ، أو إجازة(٤) ، أو قبولا ضمنيا(٥) ، وأن لها التحقق مما إذا كان الالتزام الطبعى قد استحال التزاماً مدنيا أو لم يستحل(٦) ؟ وهل ثمة ارتفاق قانونى بشرب أو بمسيل أم ارتفاق بإعداد رب الأسرة(٧) ، وهل الخصم تاجر أم غير تاجر(٨) ، وهل وضع اليد المفيد للملك توافرت شرائطه القانونية أم لا(٩) ، وهل صار للمحرر العرفى تاريخ ثابت بالتطبيق لأحكام القانون(١٠) ، وهل الالتزام متجزئ بحسب طبيعته وغرض المتعاقدين منه(١١) ، وهل الدعوى متجزئة(١٢) ، وهل كان للمشترى سبب يخشى

= الصحيفة الأحكام التى أصدرتها محكمة النقض الفرنسية فى رفع الدعوى الكيدية ودفعها وتنفيذ الأحكام الصادرة فيها ، والطعن فيها كيديا كذلك) .

(١) ٣ يونيه ١٨٧٤ (د ٧٥ — ١ — ٤٦٨) و ٣٠ نوفمبر ١٨٩٧ (س ٩٨ — ١ — ٣٤٥) .

(٢) ٤ يوليه ١٨٩٤ (د ٩٥ — ١ — ١٠٩) .

(٣) ٢٣ نوفمبر سنة ١٨٩٧ (فاى ص ١٧٥ هامش ٢٥) .

(٤) ٧ نوفمبر سنة ١٨٧٧ (د ٧٨ — ١ — ١٦٩) و ٢٩ فبراير سنة ١٨٨٨ (د ٨٨ — ١ — ٢٢٤) .

(٥) ١٨ يونيه ١٩٠١ (د ١٩٠١ — ١ — ٣٠٧) .

(٦) ٥ يناير ١٨٧٣ (د ٧٣ — ١ — ١٨٠) .

(٧) ٣٠ يوليه سنة ١٩١٢ (س ١٣ — ١ — ٢٤) و ١٩ نوفمبر سنة ١٩٢٤ (د ٢٦ — ١ — ١٣٨) .

(٨) ٢٧ يوليه سنة ١٨٩١ (د ٩٢ — ١ — ١٦٠) .

(٩) ٩ يناير سنة ١٩٠١ (س ٩٠٥ — ١ — ٥٠٩) و ٣ ديسمبر سنة ١٩٢٣ (س ٩٢٤ — ١ — ٣٥٨) لكن رأى قاضى الموضوع يكون نهائيا فى تقدير سعة وضع اليد ومدته واستخلاص أوصافه ، حكم ١٩ ديسمبر سنة ١٨٩٨ (س ٩٠١ — ١ — ٤١٤) وحكم ٢٧ فبراير ١٩٠٥ (س ٩٠٦ — ١ — ٥٠٥) .

(١٠) فاى ص ١٧٧ .

(١١) ٢٣ أغسطس سنة ١٨٦٢ (د ٦٣ — ١ — ٣٦) .

(١٢) فاى ص ١٧٧ .

منه نزع الملكية فيكون له حق حبس الثمن إلى أن يزول السبب (المادة ١٦٥٢ مدنى المقابلة للمادة ٣٣١ مدنى أهلى)[١] ، وهل كان متعيناً وقف الدعوى حتى تفصل جهة أخرى ابتداء فى المسألة العارضة فى الدعوى[٢] ، وهل بين الدعويين ارتباط قانونى يستوجب ضمهما الواحدة للأخرى أمام محكمة واحدة[٣] ، وهل النزاع الذى صدر فيه الحكم المطعون فيه هو عين النزاع الذى وقع التمسك بحجية الحكم الصادر فيه[٤] ، وهل الفعل الفلانى يعتبر قاطعاً للمدة قانوناً[٥] ، وهل الطلبات التى قدمت لمحكمة الاستئناف تعتبر استئنافاً فرعيا من مستأنف عليه على مستأنف عليه آخر أم هى طلبات متدخل فى الاستئناف[٦] ؟ .

ومن قضاء محكمة النقض المصرية أن لها الرقابة على ما يكون لورقة الطلب من الأثر القانونى فى قطع مدة التقادم[٧] ، وعلى ما إذا كانت الدعوى من دعاوى وضع اليد أو دعوى ملكية[٨] ، وعلى ما إذا كانت الأوراق المقدمة لإثبات سن الموظف تعتبر دليلا فى ذلك بالتطبيق للقانون الصادر فى ١٥ أبريل

---

(١) ١٨ أغسطس سنة ١٨٧٥ (د ٧٦ — ١ — ٣١) .

(٢) فاى ص ١٨١ وهامش ٣٨ .

(٣) ٢٥ يونيه ١٨٧٣ (د ٧٣ — ١ — ٤٦) و ١٤ يناير سنة ١٨٩٠ (س ٩٣ — ١ — ٤٦٠) ولكن لقاضى الموضوع السلطة التامة فى استخلاص الارتباط من وقائع الدعوى . أما تكييفه فهو خاضع لرقابة محكمة النقض .

(٤) حكم ١١ نوفبر سنة ١٨٧٣ (د ٧٣ — ١ — ١٥٥) ذلك لأن شروط حجية الأحكام قد بينها القانون فينبغى أن يخضع رأى قاضى الموضوع فى تكييف الواقع فى الدعوى بأركان هذه الحجية لرقابة محكمة النقض .

(٥) فاى ص ١٧٧ .

(٦) ٢٩ ابريل سنة ١٨٩٥ (د ٩٥ — ١ — ٤٥٤) .

(٧) ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣١ (المحاماة سنة ١٢ ص ٥٩٦ رقم ٢٩٩ ومج س ٣٣ عدد ١٠٨ ص ٢٠٦) .

(٨) ٩ نوفبر سنة ١٩٣٣ (القانون والاقتصاد سنة ٤ رقم ٤ والمحاماة س ١٤ ق ١ عدد ٥٨ ص ٩٥) .

سـنة ١٩٠٩[١] ، وهل العقد قسمة أم بدل[٢] ، وهل هو وصية أم هبة منجزة مستترة فى صورة عقد بيع[٣] ، وهل العقد بيع أم وصية ، وهل بيع الشريك على المشاع جزءا مفرزا محددا يصلح لأن يكون سبباً صحيحاً لتملك العقار المبيع بالتقادم متى توافر حسن النية عند المشترى[٤] ؟

وكذلك قد حددت محكمة النقض معنى « الغش » الوارد ذكره فى الدكريتو الصادر فى ٢٢ يونيه سنة ١٨٩١ بأنه هو خلط الدخان بما هو غريب عنه بأية كيفية كان الخلط وأيا كان نوع المخلوط أو مقداره ، ثم عرضه على أنه دخان نقى[٥] ، وحددت معنى عبارة « تأمر باجراء التحقيق » الواردة بالمـادة ٢٥٤ مرافعات[٦] وعبارة « نزع الملـكية » الواردة فى المـادة ٣٠٤ من القانون المدنى[٧] ، ومعنى لفظ « السبب » ، و « السبب الصحيح » فى تملك العقار بالتقادم الخمسى[٨] ، ومعنى « اعتبار المحـكمة النطق بالحـكم اعلاناً للخصوم »[٩] ، ومعنى « الفوائد التعويضية »[١٠] ، ومعنى « الإقرار الموصوف » و« الإقرار المركب »[١١] ، ومعنى

---

(١) ٣١ ديسـمبر سنة ١٩٣١ (المحاماة سنة ١٢ ص ٧٢٧ رقم ٣٥٧ والقانون والاقتصاد سنة ٣ رقم ٢٨) .

(٢) ١٧ ديسـمبر سنة ١٩٣١ (المحاماة سنة ١٢ ص ٥٠٦ رقم ٢٥١ والقانون والاقتصاد سنة ٣ رقم ١٩) .

(٣) ٣٠ يوليه سنة ١٩٣٢ (مج س ٣٣ رقم ٢٣٩ ص ٥٠٨ والقانون والاقتصاد سنة ٣ رقم ٥١) .

(٤) ١٦ يونيه سـنة ١٩٣٢ (المحاماة س ١٣ رقم ٦٤ ص ١١٦ ومج ٣٣ رقم ٢٣٨ ص ٥٠٦) .

(٥) حكم ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣١ (المحاماة سنة ١٢ ص ٢٢٥ رقم ١١٩) .

(٦) حكم ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ (المحاماة سنة ١٢ ص ٥١٦ رقم ٢٥٤) .

(٧) حكم ٢٨ ابريل سنة ١٩٣٢ (المحاماة سنة ١٣ ص ٤٧ رقم ١٦) .

(٨) حكم ١٦ يونيه سنة ١٩٣٢ (المحاماة سنة ١٣ ص ١٦١ رقم ٦٤) .

(٩) حكم ٣٠ يونيه سنة ١٩٣٢ (المحاماة ١٣ ص ٢٨١ رقم ١٢٥) .

(١٠) حكم ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٣٢ (القانون والاقتصاد سنة ٣ ص ٥٤ رقم ٧٠ والمحاماة س ١٣ رقم ٢٦٤ ص ٥١٥) .

(١١) حكم ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٢ (القانون والاقتصاد سنة ٣ ص ٦٥ رقم ٨١ والمحاماة س ١٣ رقم ٣٤٧ ص ٧٠١) .

« دعاوى الاستحقاق » فى حكم المـادة السابعة من قانون التسجيل[١] ، ومعنى لفظ « التأمينات » الواردة بالمـادة ٥١٠ من القانون المدنى[٢] ، ومعنى « الخطأ » و «التقصير » فى المـادة ١٥١ من القانون المدنى[٣] ، ومعنى « العاهة المستديمة » فى الفقرة الثانية من المـادة ١٣ من لائحة مستخدمى المجالس البلدية وفى المـادتين ١٢ و ١٣ من لائحة المعاشات الملكية الصادرة فى ١٥ أبريل سنة ١٩٠٥[٤] ، و « الرضا الصحيح » الوارد ذكره بالمـادة ١٣٨ من القانون المدنى[٥] ، ومعنى العبارة التى أوجبت بها المـادة ٣٦٣ من قانون المرافعات « قيد الاستئناف فى الثمانى والأربعين ساعة قبل الجلسة[٦] » ، ومعنى « إنكار الختم » الوارد ذكره فى باب تحقيق الخطوط من قانون المرافعات[٧] .

وكذلك قد حددت المراد من عبارة « المحكمة التجارية التابعة لهـا دائرة الكمرك » الواردة فى المـادة ٢٣ من لائحة الكمارك الصادرة فى سنة ١٩٠٩ بأنها المحكمة التجارية التابعة لها دائرة الكمرك المدعى عليه فى المعارضة والتى بها محل

---

(١) ٥ يناير سنة ١٩٣٣ (مجلة القانون والاقتصاد سنة ٣ رقم ٨٦ والمحاماة س ١٣ رقم ١٥٠٤ ص ٨٣٩) .

(٢) ٢ فبراير سنة ١٩٣٣ (مجلة القانون والاقتصاد سنة ٣ رقم ٩٤ والمحاماة س ١٣ رقم ٤٢٣ ص ٨٥٧) .

(٣) ١١ يناير سنة ١٩٣٤ (مجلة القانون والاقتصاد سنة ٤ رقم ٢٤ والمحاماة س ١٤ ق ١ رقم ١٢٢ ص ٢١٩) .

(٤) ٢٢ فبراير سنة ١٩٣٤ (مجلة القانون والاقتصاد سنة ٤ رقم ٣١ والمحاماة س ١٤ ق ١ رقم ١٤٩ ص ٣٥٧) .

(٥) ٨ مارس سنة ١٩٣٤ (مجلة القانون والاقتصاد سنة ٤ رقم ٣٥ والمحاماة س ١٤ ق ١ رقم ١٥٣ ص ٣٦٧) .

(٦) ٢٢ مارس سنة ١٩٣٤ (مجلة القانون والاقتصاد سنة ٤ رقم ٣٨ والمحاماة س ١٤ ق ١ رقم ١٥٤ ص ٣٦٩) .

(٧) ٢٦ ابريل سنة ١٩٣٤ (مجلة القانون والاقتصاد سنة ٤ رقم ٤٠ والمحاماة س ١٤ ق ١ رقم ١٧١ ص ٤١١) .

أمينه الممثل له فيها [(١)] ، والمراد من عبارة « الأوراق المحررة لأعمال تجارية » الواردة بالمادة ١٩٤ من قانون التجارة [(٢)] .

الفرع الثالث

إطلاقات القاضي أو حريته في تعيين أحد وجهي الحكم بالقانون أو سلطته التقديرية

Le pouvoir discrétionnaire

٧٩ — لم يقف الفقهاء — عند بحثهم فيما يكون فيه اجتهاد القاضي حرا أو خاضعاً لرقابة محكمة النقض — عند القول بأن سلطته تامة في تحصيل فهم الواقع في الدعوى وجوداً أو عدما وإثباتاً أو نفيا ، وفي تقدير هذا الفهم في ذاته أو بالنسبة لظروف الدعوى وملابساتها أو بالنسبة لما انعقدت عليه نية طرفي الخصومة ، وبأنه لا رقابة لمحكمة النقض عليه في ذلك على ما سبق شرحه . بل اعترفوا كذلك بعدم خضوعه لهذه الرقابة فيما أطلق له الشارع الحكم به من أحكام القانون حسبما يراه بشروطه وعلى الوجه المعتبر فيه ، وجرى اصطلاحهم على التعبير عن هذا المعنى بقولهم : « لا رقابة لمحكمة النقض إذا لم يكن من القاضي إلا أنه تصرف بسلطته التقديرية المعترف بها قانوناً ، في حدود هذه السلطة وعند اجتماع شروط التصرف بها » [(٣)] .

---

(١) ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٣٤ (مجلة القانون والاقتصاد سنة ٥ رقم ١٥ ص ٣٩ والمحاماة س ١٥ ق ١ رقم ٨٩ ص ١٨٦) .

(٢) ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٣٤ (مجلة القانون والاقتصاد سنة ٥ رقم ١٣ والمحاماة س ١٥ ق ١ رقم ٨٧ ص ١٨٣) .

(٣) "quand le juge n'a fait qu'user d'un pouvoir discrétionnaire qui lui est reconnu par la loi, pourvu qu'il ne se soit pas trompé sur l'existence e l'étendue de ce pouvoir et qu'il l'ait exercé dans les conditions où il lui éte concédé."

(فاى ص ١٦٦) ولجارسونيه تعبير آخر (جـ ٦ ص ٦٥٧) .

المعانى المختلفة لهذه العبارة : وهم قد يستعملون هـذه العبارة للدلالة على ما يكون للقاضى — عند سكوت القانون أو غموضه أو قصوره عن بيان القاعدة المناسبة لحل المسائل القانونية العارضة فى الدعوى — من نوع حرية وتصرف فى البحث عن الحل المناسب ، ثم للدلالة على أن ما يهدى إليـه البحث فى ذلك لا يقع تحت رقابة محكمة النقض . وهو استـعمال يصح فى مذهب محكمة النقض الفرنسية ، التى ما تزال تتحرج من بسـط رقابتها على الأحكام التى تصدرها المحاكم فى الأحوال المتقدمة الذكر بحجة أن القواعد الفقهية التى تكون قد أخذت بها هذه الأحكام فى تلك الأحوال لا يمكن اعتبارها من القانون الفرنسى الوضعى الذى تقول عنه إنها القيمة على حراسته وحسن تطبيقه فحسب . ولـكنه استعمال غير صحيح عنـدنا ، فقد سبق أن بينا أن لـكلمة القانون فى مصر معنى واسعاً يشمل القواعد الفقهية التى تأخذ بها المحاكم عند سكوت القانون أو غموضه أو قصوره أياً كانت طريقة استنباطها ، أهى البحث العلمى الحر أم غير ذلك من وسائل التفسير المعروفة[١] . وقد يستعملون هذه العبارة — ومحكمة النقض الفرنسية لا تزال تستعملها — فى بعض الصور التى تكون فيها ألفاظ القانون الواجب تنزيل معانيها غير معرّفة ، أو لا يمكن تعريفها ، للدلالة على أن للقاضى فى فهم هذه المعانى حرية تامة وسلطة مطلقة لا يخضع فيها لرقابة محكمة النقض . وهو استعمال صحيح عند من يرى إخراج التكييف فى هـذه الصور عن تلك الرقابة . أما عندنا فهو استعمال غير صحيح لأن التكييف كله — كما قلنا — اجتهاد فى القانون يجب أن يخضع فيه القاضى لرقابة محكمة النقض ، أية كانت الألفاظ التى استعملها القانون ، معرّفة أو ممكناً تعريفها أو غير ممكن[٢] .

---

(١) جينى ج ٢ فقرة ١٧٦ مكررة .

(٢) ومن المفيد فى هذا المقام أن نلفت القارئ إلى أن بعض الفقهاء — بل محكمتى النقض الفرنسية والمصرية — قد يستعمل عبارة سلطة قاضى الموضوع التامة **Le pouvoir souverain** وسلطته التقديرية **Le pouvoir discéretionnaire** إحداها عوضاً عن الأخرى ، فقد تقرأ فى أحكام أن لقاضى الموضوع السلطة التقديرية فى التثبت من وجود وقائع الدعوى ، كما تراها =

معناها الصحيح : ثم استعملوها فى التعبير عما يكون للقاضى فى بعض الأحوال من نوع حرية فى التصرف فى تطبيق القانون ، يكون فيه غير خاضع لرقابة محكمة النقض . وهذا الاستعمال هو وحده الصحيح عندنا . ذلك بأن الشارع كما يعنى فى كثير من الأحوال التى يريد تنظيمها فيذكرها بأركانها وشروطها ثم يقرر لها الأحكام التى تناسبها ويلزم القضاة بالأخذ بهذه الأحكام ما قامت تلك الأحوال تامة الأركان مستوفية الشروط فيكون قضاؤهم فيها خاضعاً لرقابة محكمة النقض ، فانه قد يطلق فى أحوال أُخَرَ لقاضى الدعوى الخيار فى الأخذ بأحد وجهى الحكم فى القانون حسبما يراه هو فى ظروف كل دعوى . وفى هذه الأحوال لا يكون أخذه بما اختار الأخذ به خاضعاً لرقابة محكمة النقض .

ويبين لك الفرق بين هذه الأحوال وتلك ما جاء بالمادتين ٢٢٧ ، ٢٢٨ من قانون التجارة الأهلى ، فقد نص فى المادة ٢٢٧ على بطلان بعض تصرفات المفلس الحاصلة بعد الوقت الذى عينته المحكمة أنه هو وقت وقوفه عن دفع ديونه أو فى ظرف الأيام العشرة التى قبله ، ونص فى المادة ٢٢٨ على جواز القضاء ببطلان التصرفات الأخرى الحاصلة بعد وقوف المفلس عن دفع ديونه وقبل صدور الحكم عليه بإشهار إفلاسه . ففى الأحوال المبينة بالمادة ٢٢٧ يجب على القاضى الحكم ببطلان التصرف متى استكمل شرائطه القانونية ، وإذا لم يقض به كان حكمه عرضة للنقض . أما فى الأحوال المبينة بالمادة ٢٢٨ ، فإن الترخيص فيها للقاضى بالحكم ببطلان التصرف — أو بصحته حسبما يراه هو — يترتب عليه حتما ألا يكون لمحكمة النقض الرقابة على حكمه ، إلا من ناحية عدم انطباق صورة الدعوى أو انطباقها على نص المادة ٢٢٨ ، ومن ناحية ما إذا كان هذا القاضى قد استعمل أو لم يستعمل سلطته التقديرية فى حدودها التى هى الحكم ببطلان

= فى أحكام أخر تقرر أن له السلطة التامة فى وصف وقائع الدعوى ، وهو تجوز فى التعبير ينبغى الإقلاع عنه منعاً للخلط والتشويش (ومن أمثلة هذا التجوز فى الاستعمال ما تقرؤه فى فقرة ٣٠٢٠ وما بعدها من تعليقات دللوز على قانون المرافعات جـ ٣ ص ٢١٢) .

التصرف أو بصحته ؛ أما من ناحية كون القضاء بالصحة أو بالبطلان فى صورة الدعوى وقع مناسباً أو غير مناسب لظروفها ، أى متفقاً مع هذه الظروف أو غير متفق فلا رقابة لمحكمة النقض . والعلة فى هذا أنه لا يمكن اعتبار القاضى مخالفاً للقانون فى التصرف بسلطته التقديرية ببطلان تصرف المفلس أو بصحته[١] ، ما دام القانون هو الذى رخص له فى الحكم بأحد الأمرين حسبما يراه .

٨٠ — ولا سبيل لمعرفة الأحوال التى يكون فيها لقاضى الدعوى الخيار فى الحكم فى الدعوى بأحد الوجهين ، إلا استخلاصها من القانون نفسه بما اعتاد الشارع استعماله من التعبيرات من نحو قوله « يجوز » أو « للقاضى » أو « عند الاقتضاء » أو « حسب ظروف الأحوال » .

وإنا ذاكرون لك بعض هذه الأحوال[٢] التى لا خلاف فى أن لقاضى الدعوى فيها تعيين أحد وجهى الحكم بالقانون ، لتقيس عليها مايعرض لك منها :

٨١ — (ا) من هذه الأحوال ما رخص فيه للقاضى فى مواد الجنايات من تخفيف قدر عقوبة الأشغال الشاقة والسجن وتبديلهما ، على ما جاء بالمواد ١٤ و ١٥ و ١٦ و ١٧ من قانون العقوبات[٣] ، وتخفيف عقوبتى الحبس والغرامة فى مواد

(١) ويقول مارتى إن لمحكمة النقض أن تنقض الحكم الصادر بالزام من وفى له دينه الذى حل بعد وقوف المفلس عن دفع ديونه وقبل الحكم باشهار إفلاسه ، برد بعض هذا الدين إلى التفليسة ، لأن سلطة القاضى التقديرية المأذون له فيها لاتعطيه إلا حق القضاء بصحة الوفاء أو بطلانه كله ورد جميع ما وقع به الوفاء كله (مارتى ص ٢٧١) .

(٢) قد جمع پيرو M. Perreau كثيرا من هذه الأحوال فى مؤلفه Téchnique de la jurisprudence en droit privé (جـ ٢ ص ٢٣٩ وما بعدها) ، وكذلك عدد منها (چينى) ما ذكره بالجزء الأول (فقرة ٨٥ ص ٢١٤) .

(٣) حكم محكمتنا (الدائرة الجنائية) فى ٨ يناير سنة ١٩٣٤ (المحاماة سنة ١٤ ص ١٩٠) الذى قرر أن عبارة « أحوال الجريمة المقامة من أجلها الدعوى » الواردة فى المادة ١٧ من قانون العقوبات لا تنصب فقط على مجرد وقائع الدعوى ، وإنما تتناول بلا شك كل ما تعلق بمادية العمل الإجرامى من حيث هو وما تعلق بشخص المجرم الذى ارتكب هذا العمل و شخص من وقعت عليه الجريمة ، وكذا كل ما أحاط بذلك العمل ومرتكبه والمجنى عليه من الملابسات والظروف التى ترك للقاضى أن يأخذ منها ما يراه هو موجباً للرأفة .

الجنح على ما جاء بالمادتين ١٨ و ٢٢ من هذا القانون ، وما جوز له فيه من الحكم بالحبس البسيط ومصادرة الأشياء المضبوطة ، وتخفيف مدة المراقبة على مقتضى المواد ٢٠ و ٢٨ و ٣٠ من قانون العقوبات ، وما أبيح له من تأديب القاصر أو إرساله إلى الإصلاحية على ما جاء بالمادة ٦١ ، ومعاقبة العائد فى حكم المادة ٤٨ بأكثر من الحد الأقصى المقرر قانوناً للجريمة بشرط عدم تجاوز ضعف هذا الحد ، إلى آخر ما جاء من ذلك فى قانون العقوبات .

٨٢ — (ب) ومن رخص القانون المدنى التى أبيح للقاضى الترخص بها : جواز الحكم بإبطال حق الانتفاع إذا لم يقم المنتفع بالشروط المقررة عليه (المادة ٢٨ من القانون المدنى المقابلة للمادة ٦١٨ من القانون المدنى الفرنسى) ، وتغيير مسلك حق الارتفاق إذا أضر المسلك القديم بالعقار المرتفق به ضرراً بليغاً [١] ، وإعطاء المشترى المتأخر فى دفع الثمن ميعاداً واحداً للوفاء بدلا من الحكم بالفسخ (المادة ٣٣٣ مدنى أهلى المقابلة للمادة ١١٨٤ من القانون الفرنسى المنصوص فيها على حكم الشرط الفاسخ الضمنى فى الالتزامات المتقابلة)[٢] ، وإذن الدائن بعمل ما امتنع

---

(١) هذا الحكم منصوص عليه بالفقرة الثالثة من المادة ٧٠١ من القانون المدنى الفرنسى ، ويمكن الأخذ بفقهه فى مصر وإن لم يرد بقانوننا نص يقابل هذا النص (س . م ٣٠ مارس سنة ١٩٢٢ مجلة التشريع والقضاء سنة ٣٤ ص ٢٧٧ و ١٨ نوفبر سنة ١٩١٣ الجازيت سنة ٤ رقم ٣٥ ص ٦١ المنشورين فى بستاوروس رقم ٩٩ و ١٠٦ تعليقا على المادة ٥١ مدنى مختلط ص ٥٣٦) .

(٢) وقد بين كابيتان فى رسالته التى وضعها فى نظرية السبب بمناسبة الكلام على المادة ١١٨٤ أن سلطة قاضى الموضوع تختلف باختلاف وجهة النظر فى دعوى الفسخ المترتب على عدم الوفاء . فمن قدّر أن العاقدين قد تعاقدا على أن يكون لكل منهما الخيار بين اقتضاء الالتزام ممن التزمه وبين فسخ العقد عليه ، جعل لقاضى الموضوع السلطة التقديرية فى القضاء بالفسخ وعدمه ، سواء أكان الالتزام الذى وقع التقصير فى وفائه التزاماً أصليا أم ثانويا ، وسواء أكان الذى لم يوف هو الالتزام كله أو بعضه ، إلا أن يجد القاضى للمتأخر فى الوفاء عذراً فيمنحه ميعاداً للوفاء . أما من رأى تأسيس الفسخ على عدم قيام السبب المترتب على عدم الوفاء ، فانه يجعل للقاضى السلطة التقديرية فى الفسخ وعدمه عند عدم الوفاء بالالتزامات الأصلية ، سواء أكان التقصير فى وفاء الالتزام كله أم فى بعضه ، أما إذا وقع التقصير فى وفاء التزام ثانوى فلا يكون للقاضى أن يفسخ العقد (ص ١٥٤ ومابعدها ، وبهامش هذه الصحف الأحكام الصادرة) وبيرو ص ٢٢٧ وهوامشها .

المدين عن عمله أو بإزالة ما عمله المدين مخالفاً لالتزامه بدلا من الحكم بفسخ الالتزام فى الصورتين (الفقرة الثانية من المادة ١١٧ من القانون المدنى الأهلى المقابلة للمادتين ١١٤٣ ، ١١٤٤ من القانون الفرنسى)[١] و[٢] ، وتكليف صاحب الدفع أو صاحب الدعوى باليمين المتممة عند عدم كفاية الإثبات (المادة ٢٢٣ مدنى أهلى المقابلة للمادة ١٣٦٧ من القانون الفرنسى) ، والحكم بفسخ الشركة بناء على طلب أحد الشركاء لعدم وفاء شريك آخر بما تعهد به أو لوقوع منازعة قوية بين الشركاء تمنع جريان أشغال الشركة أو لأى سبب قوى غير ذلك (المادة ٤٤٦ من القانون المدنى الأهلى) ، والحكم بتعيين حارس قضائى على الأشياء المتنازع فيها أو الموضوعة تحت القضاء أو الحكم برفض تعيينه (المادة ٤٩١ من القانون المدنى الأهلى) ، وتعيين القاضى للميعاد الذى يجب فيه على المستعير عارية استهلاك رد قيمة العارية ، وذلك إذا لم يعين لهذا الرد ميعاد أو اتفق على أن المستعير يؤدى ما استعاره عند إمكانه (المادة ٤٧٥ من القانون المدنى الأهلى) .

٨٣ — (ج) ومن رخص قانون المرافعات فى تطبيق القانون : جواز الحكم بالمقاصة فى المصاريف بين الخصوم أو تخصيصها عليهم ، حسبما تراه المحكمة وتقدره فى حكمها (المادة ١١٤ من قانوننا الأهلى المقابلة للمادة ١٣١ من القانون الفرنسى)[٣] ؛ وجواز الحكم بإدخال ضامن أو بعدم إدخاله فى المواد التجارية

(١) مارتى ص ٢٧٤ وهامشها رقم ٧ ، وبهذا الهامش أن قضاء محكمة النقض ثابت على ذلك ، من حكم دائرة العرائض الصادر فى ١٨ فبراير سنة ١٩٠٣ (س ٩٠٣ — ١ — ٢٧٢) إلى حكمها فى ٢٥ يونيه سنة ١٩٢٢ (س ٩٢٣ — ١ — ١١١) .

(٢) ولئن كان ظاهر نص المادة ١١٧ يجعل الخيار للدائن بين الفسخ والتضمينات فى صورة الفقرة الأولى من هذه المادة إلا أننا نرى مع ذلك أن يكون الخيار بين الأمرين للقاضى بسلطته التقديرية .

(٣) فاى ص ١٦٦ وهامش رقم ٤ ون . ف ٨ يونيه ١٨٦٩ (د ٦٩ — ١ — ٣٠٣) و ن . ف ٣٠ يناير سنة ١٩١١ (س ٩١١ — ١ — ٣٠٤) و ١٨ مارس سنة ١٩٠٧ (س ٩٠٩ — ١ — ٤٣٣ وتعليق ناكيه Naquet) وبيرو ج ٢ ص ٢٦٧ وانظر فى جواز إلزام أحد الخصمين بجميع المصاريف ولو قضى له ببعض طلباته ن . ف ١١ مايو سنة ١٩١٥ (س ٩١٦ — ١ — ٥٥) .

أو فى المواد المدنية إذا انقضت ثمانية الأيام المشار إليها فى المادة ١٤٢ (المادة ١٤٣ أهلى) ، وجواز الحكم باعتبار امتناع الخصم المقتضى استجوابه مما يؤذن بإثبات الوقائع بالبينة (المادة ١٦٢ المقابلة للمادة ٣٣٠ فرنسى) ، وجواز حكم المحكمة بامتداد ميعاد التحقيق أو صرف النظر عن ذلك والحكم فى أصل الدعوى (المادة ١٨٥) ، وجواز الحكم بتعيين خبير فى الدعوى حسبما يراه القاضى (المادة ٢٢٢) ، وجواز الحكم بانتقال المحكمة لمحل النزاع متى رأت لزوم هذا الانتقال (المادة ٢٤٥) ، وجواز الحكم بإعطاء ميعاد للخبير إذا طلب استبداله لعدم تقديمه تقريره فى الدعوى (المادة ٢٤٢) ، وجواز الحكم بالتنفيذ المؤقت أو عدم الحكم به فيما يكون للقاضى الخيار فيه بينهما (المادة ٣٩٢ الفقرة الأخيرة)[١] ، وجواز الحكم بسقوط دعوى التزوير الفرعية لعدم إعلان أدلة التزوير فى ميعاد ثمانية الأيام المحددة لذلك (المادة ٢٨٥) [٢] .

٨٤ — (د) ومن رخص قانون التجارة : قبول دخول المفلس فى الدعوى وعدم قبوله (المادة ٢١٨ المقابلة للمادة ٤٤٣ من القانون الفرنسى) ، وتقدير القدر الواجب قبوله من دين المفلس المؤجل دفعه لأكثر من سنة (المادة ٢٢٣) ، وجواز الحكم ببطلان ما يقع من التسجيلات بعد وقت وقوف المفلس عن دفع ديونه أو فى عشرة الأيام التى قبل هذا الوقت ، إذا مضت مدة أزيد من خمسة عشر يوماً بين تاريخ عقد الرهن العقارى أو الامتياز وتاريخ التسجيل (المادة ٢٣١ المقابلة للمادة ٤٤٨ من القانون الفرنسى) ، والحكم بتقديم الدفاتر التجارية

(١) ولا يتصور الطعن بالنقض بناء على هذا السبب إلا فى الحكم الصادر من محكمة الاستئناف فى طلب تنفيذ الحكم الابتدائى أو فى طلب منع تنفيذه .

(٢) وقد عد بيرو من رخص قانون المرافعات جواز الحكم بإحالة الدعوى على محكمة أخرى لقيام دعوى أخرى مرتبطة بها أمامها أو عدم الحكم بذلك ، وكذلك الحكم بقبول دعوى المدعى عليه الفرعية ، أو عدم قبولها (واستشهد بالأحكام التى ذكرها فى ص٢٦٣ وهوامشها) . والمسألة عندنا محل نظر لأن فى المواد الخاصة بذلك قيوداً يجب تحديد معانيها وتوخى هذه المعانى فى الدعاوى المختلفة .

لأجل الإثبات فى دعاوى التجار المتعلقة بمواد تجارية (المادتان ١٧ و ١٨ من قانون التجارة)[١] .

٨٥ — (هـ) ومن رخص قانون تحقيق الجنايات : جواز الحكم بالتضمينات التى يطلبها بعض الخصوم من بعض وجواز الحكم بعدم اختصاص محكمة الجنح بنظر دعوى التضمينات متى رأت أن الواقعة غير ثابتة أو أن القانون لا يعاقب عليها أو أن الحق فى إقامة الدعوى بها قد سقط (المادة ١٧٢) ، وجواز حكم محكمة الجنح الاستئنافية باستيفاء تحقيق أو سماع شهود أو الحكم برفض ذلك (المادة ١٨٦) .

٨٦ — لكن هذه السلطة — أو هذه الخيرة — لا تكون لقاضى الدعوى إلا إذا كان القانون لم يشر حقاً بأية طريقة ما إلى مناط أو علامة يمكن بها تحديد الصور التى يكون للقاضى فيها الأخذ بأحد وجهى الحكم من الصور الأخرى التى لا يكون للقانون فيها إلا حكم واحد . فإن وقعت منه الإشارة إلى شىء من ذلك وعرف منه أن الحكم من العزائم[٢] الواجب الأخذ بها فى جميع الأحوال حقت رقابة محكمة النقض على تطبيق القانون .

ولهذا قد انتقد مارتى ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية فى حكمها الصادر فى ٣١ يوليه سنة ١٩٠٧ (د ٩٠٨ — ١ — ١٠) من أن المادة ٦٤٥ من القانون المدنى قد خولت لقاضى الموضوع السلطة التقديرية فى توزيع مياه الرى على ما تقتضيه مصلحة الزراعة واحترام حق الملكية مع مراعاة الظروف الزمانية والمكانية ، فقال فى نقده : إن القانون ما دام قد أشار فى المادة السابقة الذكر إلى وجوب إجراء التوزيع على مقتضى مصلحة الزراعة واحترام حقوق الملكية

(١) ن . م . م ١٦ مايو سنة ١٩٣٥ (القانون والاقتصاد س ٥ رقم ٦٢ والمحاماة س ١٦ رقم ٧ ص ١٠) .

(٢) نريد بالعزائم الأحكام الأصلية النافذة بغير ما ترخص ، وقد أخذنا هذا التعبير عن الفقه الإسلامى الذى قسم الأحكام الشرعيـة إلى عزائم ورخص ، وقسم العزائم إلى فروض وواجبات وسنن ونفل .

فقد تعين على محكمة النقض أن تراقب ما إذا كان قاضي الدعوى قد راعى هذا الضابط أو لم يراعه ، لتقضي بنقض الحكم عند عدم مراعاته[١] و[٢] .

وقد انتقدها أيضاً فيما جرت عليه من اعتبار تصرف القاضي بالإذن للمدين بالوفاء على أقساط مما يدخل في حدود سلطته التقديرية[٣] (المادة ١٢٤٤ من القانون المدني الفرنسي) فقال إن الصواب هو إخضاع حكم القاضي في ذلك لرقابة محكمة النقض ، ذلك بأن هذه المادة تقيد هذا التصرف بوجوب المحافظة الشديدة على مصالح الطرفين (avec une grande réserve) وبأن تكون الآجال المعطاة معتدلة (accorder des délais modérés) وهي قيود ذات معان قانونية يمكن لمحكمة النقض تحديدها . وقد نميل إلى هذا الرأي لأن المادة ١٦٨ من قانوننا قيدت سلطة القاضي بقيدين : أولها أن يكون الميعاد لائقاً (un délai modéré) والثاني ألا يترتب على ذلك ضرر جسيم لرب الدين (s'il n'y a pas préjudice grave pour le créancier) ، ومن المفيد أن تحدد محكمة النقض معاني هذين القيدين في بعض أنواع الديون كديون الأسمدة وأجرة الأراضي الزراعية ومرتبات الخدمة ، فتتجمع كلمة القضاء في ذلك على قول واحد .

٨٧ — ويتفرع على كون صورة الدعوى مما يجوز للقاضي فيه الخيار بين الأخذ بحكم القانون وبين ترك الأخذ به أمران : (الأول) أنه لا يجوز الطعن في الأحكام الصادرة في هذه الأحوال بالخطأ في تطبيق القانون ما دام المفروض

---

(١) مارتي ص ٢٧٥ هامش رقم ١ و ٢ ، وقد وافق فاي على مذهب الحكم (ص ١٦٦ وهامشها رقم ٢) .

(٢) ومما تنبغي ملاحظته أن المادة ٣١ من قانوننا الأهلي قد خلت من الإشارة إلى الضابط الوارد ذكره بالمادة ٦٤٥ من القانون المدني الفرنسي ، واستبدلت به ضابطا آخر هو « مراعاة ما تقتضيه القوانين والأوامر واللوائح المتعلقة بذلك » فعدم توزيع المياه بهذه المراعاة مما يقع تحت رقابة محكمة النقض .

(٣) بيرو جـ ٢ ص ٢٥٧ وهامشها رقم ٦ و ن . ف ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٤٠ (س ٤٣ — ١ — ٢٣٣) و ع . ف ٧ يوليه ١٨٥٩ (د ١٨٦٠ — ١ — ٢١) وهو رأي المستشار فاي (ص ١٦٦) .

أن من أصدرها كان له التصرف بالأخذ والترك فى حدود ما أجيز له التصرف به . غير أنه يجوز بالبداهة الطعن فيها بأسباب أخرى كمخالفتها لقواعد الاختصاص ، أو كوقوع بطلان فيها أو فى الإجراءات السابقة عليها . وقضاء محكمة النقض الفرنسية ثابت على ذلك[1] .

---

(١) بيرو ص ٣٧٢ و ٣٧٤ وهوامشهما . ومن قضائها : أن دعوى رفعها صاحبها أمام أحد قضاة الصلح طلب فيها الحكم على جاره بتعويض عن صيده حماما له فى غير موسم الصيد ، فرفع عليه خصمه دعوى تعويض فرعية طالبه فيها هو الآخر بتعويض ما أصاب زراعته من تلف ، فحكم القاضى فى الدعوى الأصلية بالتعويض لصاحبه وحفظ الحق لصاحب الدعوى الفرعية يدعيها متى شاء ، وذكر فى حكمه أنه يرى أن مدعى الدعوى الفرعية قد بالغ فى قيمتها ليجعل الحكم المزمع صدوره فى الدعويين مما يجوز استئنافه وأنها فى حاجة إلى تعيين خبير يحدد التلف ويقدر قيمته حتى تستطيع المحكمة الحكم بالمقاصة به مع التعويض المطلوب فى الدعوى بالأقل من قيمة الدينين . استؤنف الحكم فأيدته محكمة الاستئناف بأسبابه . وطعن فى الحكم الاستئنافى ، وكان مبنى الطعن أن المحكمة بعدم فصلها فى الدعوى الفرعية الداخلة فى اختصاصها المركزى والنوعى قد خالفت حكم المادتين ٣٢٧ و ٣٣٥ (مرافعات) اللتين تجيزان للمدعى عليه رفع دعواه الفرعية أمام المحكمة المرفوعة إليها الدعوى الأصلية المقامة عليه ، فقضت محكمة النقض بنقض الحكم ، وقالت فى حكمها : إن مثل هذه الدعوى الفرعية مما يعتبر فى الحقيقة دفعاً فى الدعوى الأصلية ، ولذلك كان يجب على القاضى أن يحكم فيهما ، فإن رأى أنه لا يستطيع الحكم فى الدعوى الفرعية إلا بعد إحالة القضية إلى خبير يقدر قيمة التلف الواجب الحكم عنه بالتعويض ، قضى بندب الخبير ، وما كان ينبغى له أن يمتنع عن الحكم فى الدعوى الفرعية بعد أن دخلت فى اختصاصه . راجع حكم ٩ يونيه سنة ١٨٨٦ (س ٨٦ — ١ — ٤٢٥) . وقد جاء فى التعليق على هامش هذا الحكم أن قاضى الصلح كان مختصا بنظر الدعويين اختصاصا نوعيا ومركزيا ، وأنه كان للقاضى أن يفصل الدعويين الواحدة عن الأخرى ، وأن مذهب محكمة النقض جرى على أن يكون القاضى ملزماً — حتى إذا عجل الفصل فى الدعوى الأصلية — أن يستبق الدعوى الفرعية أمامه ويفصل فيها . ووجه استشهاد الأستاذ بيرو فيما نحن بصدده هو — على مايظهر — أن القاضى كان له بمقتضى سلطته التقديرية أن يعين خبيراً ، وألا يعينه ، وأن يفصل فى الدعويين بحكم واحد ، أو أن يعجل الفصل فى الدعوى الأصلية ، ولكنه ما كان له أن يصدر الحكم المطعون فيه ملزماً صاحب الدعوى الفرعية بأن يستأنف التداعى بها من جديد ، ويشبه هذا الفصل أن يكون قضاء منه بعدم الاختصاص فيما هو مختص به بغير شبهة ، ولهذا صح الطعن فى الحكم بمخالفة قاضيه لقاعدة من قواعد الاختصاص لا بخطئه فى التصرف بمقتضى السلطة التقديرية فيما جاز له التصرف به . وقد استشهد بيرو بحكم آخر أصدرته محكمة النقض فى ١٨ نوفمبر سنة ١٨٨٦ (س ٨٦ — ١ — ٣٠٦) جاء به أنه إذا طلب البائع الحكم بعدم قبول دعوى رد المبيع عليه بالعيب الخفى لرفعها بعد أوانها ، وقبلت المحكمة الدعوى مع ذلك بغير أن تجيب على هذا الطلب صراحة ولا ضمنا ، كان حكمها معيباً متعين النقض . ووجه الاستشهاد بهذا الحكم أن =

و (الثانى) أنه لا يصح الطعن فى هـذه الأحكام بقصور أسبابها عن بيان الاعتبارات التى اعتمد عليها القاضى فى التصرف فى تطبيق القانون على النحو الذى تصرف به ؛ لأنه ما دام المقصود من تسبيب الأحكام هو تمكين محكمة النقض من بسط رقابتها على تطبيق القانون ، وما دام المفروض أن القانون قد أذن للقاضى فى التصرف فى تطبيقه على مقتضى ما يراه هو بغير معقب عليه ، فالنتيجة المنطقية لهاتين المقدمتين هى عدم جواز الطعن فى تلك الأحكام بخلوها من تلك الأسباب التى اقتضت هذا الوجه من التصرف دون عكسه[1] .

= المادة ١٦٤٨ من القانون المدنى الفرنسى تنص على أن دعوى الرد بالعيب الخفى يجب أن يرفعها المشترى فى ميعاد قصير تراعى فيه طبيعة العيب وعرف البلد الذى وقع فيه البيع ، وأن الفقه والقضاء الفرنسيين يجريان على أن تحديد الميعاد الواجب رفع دعوى الرد فيه موكول إلى سلطة القاضى التقديرية ، وأنه إذا كان لا يجوز الطعن فى الحكم الذى يحدد فيه القاضى الميعاد المناسب لأن هذا التحديد داخل فى حدود سلطته هذه ، فانه يجوز الطعن فى الحكم لعدم رده على ذلك الطلب الذى طلبه المدعى عليه المتضمن عدم قبول الدعوى لرفعها بعد الميعاد ، لا صراحة ولا ضمنا (راجع هـذا الحكم وما جاء بذيله من تعليق) .

(١) حكم محكمتنا فى ١٦ مايو سنة ١٩٣٥ فى الطعن رقم ١٠٥ سنة ٤ . وكان وجه الطعن أن محكمة الاستئناف إذ ألغت الحكم الابتدائى الذى كان قبل طلب الطاعن وعين خبيراً لعمل الحساب من واقع مستندات الطرفين ودفاترهما التجارية ، وإذ أمسكت عن إجابته إلى ما طلبه من التصريح له باثبات براءة ذمته من الدين بدفاتر المطعون ضده ، لم تبين أسباباً لهذا الامساك ، فحكمها من هذه الناحية وقع باطلا لخلوه من الأسباب . فقالت المحكمة فى حكمها الذى أصدرته برفض الطعن : إن الاستدلال على التاجر بدفاتره ليس حقاً مقررا لخصم التاجر واجبا على المحكمة إنالته إياه متى طلبه ، بل إن الشأن فيه — بحسب نص المادة ١٧ من القانون التجارى — أمر جوازى للمحكمة ، إن شاءت أجابته إليه وإن شاءت اطرحته ، وكل أمر يجعل القانون فيه للقاضى خيار الأخذ والترك فلا حرج عليه إن مال لجانب دون الآخر من جانبي الخيار ، ولا يمكن الادعاء عليه فى هذا بمخالفة القانون . ثم قالت : مادام الحكم المطعون فيه قد بين الأسباب الواقعية الكفيلة — فى تكييفها القانونى — بصحة ماقضى به ، فحسبه هذا ، وما كان يعنيه أن يبين لماذا لم يجب ما طلبه الطاعن من أمر خصمه بتقديم دفاتره للاستدلال بها على براءته كليا أو جزئيا من الدين ، فان هذا فضلة ، خصوصاً وأن ما طلبه الطاعن من ذلك ليس حقاً له واجبة إجابته إليه ، بل الشأن فيه للمحكمة كما تقدم إن شاءت أجابت وإن شاءت رفضت الاجابة ، والقاضى متى أخذ بخطة يجعلها القانون تحت تصرفه ومشيئته **pouvoir discrétionuaire** فلا يطلب منه بيان الأسباب ، وإنما الأسباب التى يجب على القاضى بيانها هى العناصر الواقعية فى الدعوى وتحصيل فهمه لها مما سلطته فيه هى سلطة مطلقة ، إذ بيان هذه =

لـكن محكمة النقض الفرنسية لم تر الأخذ بهذه النتيجة الثانية إلا فيما ورد فيه النص الصريح بالإذن للقاضى بالتصرف بمقتضى تلك السلطة التقديرية المتقدمة الذكر[١] ، وفيما كان القياس فيه على النص الوارد بذلك واضحاً جليا[٢] . أما فيما لم يرد به نص ولا قياس جلى ، وكان مصدر القول بترك التصرف فيه للقاضى على مقتضى سلطته التقـديرية هو اجتهاد القاضى فى فقه القانون ، فإن محكمة النقض تشتد فى محاسبة القضاة على خلو أحكامهم من الأسباب الموضحة لخطواتهم فى هذا الاجتهاد ، وكثيراً ما نقضت أحكامهم لهذا العيب[٣] .

ـــ الأسباب ضرورى لإمكان تكييف الواقع فى الدعوى وتطبيق حكم القانون عليه ، ذينك التكييف والتطبيق الداخلين تحت مراقبة محكمة النقض (القانون والاقتصاد س ٥ رقم٢ رقم٦٢ ص٢١٩ والمحاماة س ١٦ رقم ٧ ص ١٠) .

(١) بيرو ص ٢٧٦ وهوامشها . ومن الأحكام التى استشهد بها ن . ف ١٣ يناير سنة ١٩٠٩ (س ٩٠٩ — ١ — ٥٦) القاضى بعدم قبول وجه الطعن فى الحكم الصادر بالمقاصة بالمصاريف إذا كان مبناه خلو الحـكم من الأسباب الداعية لذلك .

(٢) ع . ف ١٣ يونيه سنة ١٨٩٨ (س ٩٩ — ١ — ٣٩) وكان مبنى الطعن أن محكمة الاستئناف إذ حكمت بتأييد الحـكم المستأنف القاضى بتعيين فلان أميناً شرعياً مؤقتاً لإدارة أموال التركة المطلوب قسمتها وتصفيتها بين مستحقيها ، وإذ لم تجب المستأنف إلى ما طلبه من تعيين أمين شرعى آخر تكون قد خالفت القانون . وقد قالت المحـكمة فى حكمها الصادر برفض هذا الطعن : إن القانون قد خول لقاضى الدعوى — بنص المادة ٨٢٨ من القانون المدنى — السلطة التقديرية فى اختيار من يرى اختياره من الموثقين لتصفية وقسمة الأموال الحاصلة من تثمين وبيع أموال التركة العقارية والمنقولة ، فهو بهذا النص معفى من بيان الأسباب التى تكون قد وجهته إلى هذا الاختيار . وما دامت المحـكمة الابتدائية قد قاست على حقها هذا حقها فى الحـكم فى الدعوى الحالية التى رفعها لها أحد الخصوم وطلب الحـكم بتعيين أمين شرعى لادارة التركة مؤقتاً حتى تتم تصفيتها وقسمتها ، فما كان يجب عليها أن تبين وجه تصرفها فى اختيار أمين دون آخر ، وكذلك ما كان يجب على محكمة الاستئناف أن تعطى لهذا التصرف أسباباً خاصة لأنه من قبيل التصرف بالسلطة التقديرية المنصوص عليها بالمـادة ٨٢٨ من القانون المدنى .

(٣) بيرو ص ٢٧٨ و ٢٧٩ والأحكام المبينة بهما وبهوامشهما : ع . ف ٣ يوليه سنة ١٨٤٤ (د ٤٤ — ١ — ٢٧٩) ون . ف ٤ يوليه ١٨٦٤ (د ٦٤ — ١ — ٢٣٧) و ن . ف ٧ مايو سنة ١٩٠٠ (س ٩٠١ — ١ — ١٢٠) .

الفرع الرابع

فى نشاط قاضى الدعوى فى فهم المحررات والعقود وتفسيرها وتطبيق حكم القانون عليها ، وما يكون من ذلك اجتهاداً فى القانون وما لا يكون كذلك

٨٨ — *تمهيد* : قد بينا من قبل ما هو فهم الواقع فى الدعوى وما هو فهم حكم القانون فى هذا الواقع ، ولماذا لا تراقب محكمة النقض حاصل الفهم الأول ولم تراقب تكييف هذا الفهم بحكم القانون ثم تطبيق القانون على حاصل هذا الفهم بعد تكييفه . ولم نخف فيما بيناه من ذلك صعوبة التمييز بين ما يكون مسألة واقعية وما يكون مسألة قانونية .

ولما كان قاضى الدعوى كثيراً ما يحصل فهم الواقع فى الدعاوى القائمة على التزامات اتفاقية من محرراتها وعقودها ، ثم يكيف هذا الواقع حسب نصوص هذه المحررات وتلك العقود أو بما ينطبق على أنواعها من أحكام القانون ، كان من المتعين علينا أن نبين فى هـذا الفصل ما يمكن اعتباره أنه واقعى من مسائل تفسير الاتفاقات وتطبيقها وما يجب اعتباره منها أنه من المسائل القانونية التى يخضع رأى القاضى فيها لرقابة محكمة النقض .

قد يظهر بادى الرأى أنه ما دام القانون يعترف بقوة الالتزامات الاتفاقيـة ويعمل على إنفاذها كما يعمل على إنفاذ الالتزامات المترتبـة على الأفعال أو على القانون (المواد من ١٤٤ إلى المـادة ١٥٧ من القانون المدنى) ، وما دام من المسلم به أن ما اتفق عليـه العاقدون يعتبر كنص الشارع فى الفهم والدلالة ووجوب العمل به ، وما دام القاضى مكلفاً فى قضايا الاتفاقات والعقود بالتثبت من وقائع

الدعوى ثم بتطابقة ما ثبت منها على نصوص هذه الاتفاقات ثم بإنزال حكم هذه النصوص على هـذا الثابت من وقائع الدعوى — ما دام الأمر كذلك وما دام الاتفاق معتبراً أنه قانون العقد — فإنه من السائغ أن يعطى لهذا القانون الخاص بالمتعاقدين حكم القانون العام فيكون من وظائف محكمة النقض الرقابة على تفسيره وتطبيقه أسوة برقابتها على تفسير القانون العام وتطبيقه . وبهذا تصبح كلمة « القانون » الواردة فى قانون إنشاء محكمة النقض تشمل قانون العقد كما تشمل القوانين العامة وما التحق بها .

غير أننا لم نجد ، لا فى قانون محكمة النقض المصرية ولا فى القوانين والأوامر الملكية التى تباشر محكمة النقض الفرنسية وظائفها على مقتضاها ، نصاً يعزز ذلك . ولهذا رأينا أن نجرى فى هذا الفرع على ما جرينا من قبل عند تحديد ما لقاضى الدعوى وما لمحكمة النقض من سلطة فى فهم حكم الواقع فى الدعوى وفى فهم حكم القانون فى هذا الواقع ، وبذلك ينقسم هذا الفرع إلى المطالب الآتية :

المطلب الأول : فهم الواقع فى العقد وتفسير شروطه .

المطلب الثانى : تكييف العقد .

المطلب الثالث : تطبيق أحكامه .

المطلب الأول — فهم الواقع فى العقد وتفسير شروطه

٨٩ — إذا احتاج قاضى الموضوع فى فهم الواقع فى دعوى إلى التثبت من وجود نص فى عقد أو فى اتفاق أو إلى تفسيره فإنه يحصله باستدلال عقلى لا يدخل فى تركيبه أية قاعدة قانونية . ذلك بأن عمله يكاد ينحصر فى تفهم وجهة العقد ومقصود عاقديه من ألفاظه وعباراته وما سبقه أو قارنه من ظروف وأحوال ومناسبات مختلفة ، ومقارنة الظاهر من شروطه بغامضها وما لا خلاف فى تفسيره منها بما وقع فيه الخلاف ، وتغليب شرط على شرط ، وترجيح معنى على آخر ،

إلى غير ذلك مما يهديه إليه ذكاؤه وذوقه ومنطقه . ثم إن القاضى قد لا يجد بالعقد حل المسألة المختلف عليها لعدم خطورها ببال العاقدين ، بل قد لا يعثر فيه على أية علامة يمكن أن يهتدى بها إلى حل هذه المسألة ، فإن اجتهد واستطاع حلها على الوجه الذى كان العاقدان يحلانها به لو فطنا لها حين العقد ، فإن اجتهاده على كل حال لا يعدو تعرف مقصود العاقدين فى الواقع أو ما يقتضيه هذا المقصود بغلبة الظن ، وهو بحث موضوعى ونفسى يختلف باختلاف العقود ويتغير بتغير العاقدين . وقد يخالف القاضى فى ذلك ما يقتضيه الذوق أو قواعد المنطق أو أصول العدل بغير أن تعتبر مخالفته هذه مخالفة للقانون . ولهذا كانت القاعدة فى هذا الصدد هى : أن لقاضى الدعوى فى تفسير العقود والاتفاقات وسائر المحررات وفى التثبت من نصوصها سلطة تامة لا رقابة عليه فيها لمحكمة النقض .

وقد سلمت محكمة النقض الفرنسية بسلطة قاضى الدعوى التامة فى تفسير العقود منذ أوائل القرن التاسع عشر . ولكن القول بهذه السلطة لم يصل إلى ما هو عليه من التحديد والانضباط إلا بعد تدرج طويل قامت فى طريقه نظريات فقهية مختلفة هذبته وقيدت من مطلقه .

٩٠ — وإذ كان لا غنى للباحث فى النقض عن الإلمام بهذا التدرج وبما نبت حوله من هذه النظريات وعن مدى تأثيرها فى القول بترك التفسير لقاضى الموضوع بلا رقابة عليه لمحكمة النقض ، فقد رأينا عرض ذلك فيما يلى[1] :

٩١ — **العهد الأول وينتهى فى سنة ١٨٠٨** : كانت محكمة النقض

---

(١) المراجع : جوجييه Gauguier,—De l'interprétation des actes juridiques, ودريه ، Dereux. - L'interprétation des actes juridiques (thèse, Paris, 1898) ، وجونوت ، ص ٧٤ وما بعدها Gounot. - Le principe de l'autonomie de la volonté, (thèse, Dijon, 1912) privés (thèse, Paris 1905) من ص ١٧١ إلى ص ٢٧٥ ، وتالمون Talamond - Le pouvoir de contrôle de la Cour de Cassation sur l'interprétation et l'application des contrats (thèse Paris, 1926) ، ومارتى ص ٢٩٨ و ٣٢٨ وباقى المراجع بالهامش رقم ١ ص ٢٩٨ .

الفرنسية فى السنوات الأولى من عهد تشكيلها تتردد فيما إذا كان من وظائفها نقض الأحكام المبنية على مخالفة العقود والاتفاقات أو على الخطأ فى تفسيرها ، فكان يعطفها إلى تولى الرقابة على التفسير والتطبيق ما تراه من إمكان اعتبار العقود والاتفاقات فى حكم القانون[١] ، وكان يصرفها عن ذلك أحياناً لوائح تشكيلها التى لا تكاد تعطيها إلا الحق فى نقض الأحكام المخالفة لنص القانون مخالفة صريحة[٢] ، ثم انتهى هذا التردد بتقريرها بوجه عام — بأن لها أن تنقض الأحكام المبنية على خطأ فى تأويل نصوص العقود أو فى تطبيق هذه النصوص ، وذلك اعتباراً بأنها من قبيل نصوص القانون التى تعترف لنفسها بالرقابة على تأويله وتطبيقه[٣] . وكانت تبنى أحكامها — قبل العمل بالقانون المدنى — على القاعدة الرومانية المشهورة التى نصها : (Contractus legem ex conventione accip)

---

(١) وفى السنة الرابعة من سنى الثورة أبدت محكمة النقض الفرنسية رأيها بأن لها أن تنقض الأحكام المخالفة لقانون العقد اعتباراً بأن العقود والمصالحات ، فيما عدا حالة التواطؤ والغش والغبن التى لها أحكام خاصة فى الأوامر الملكية ، يجب أن تكون لها بين المتعاقدين قوة القانون ، وأن يكون عليهم تنفيذ نصوصها حرفيا (راجع فقرة ١٥٦٨ من ربرتواردالوز) . ومن الصعب جدا تحديد ما كانت تعتبره محكمة النقض أنه من مسائل التفسير أو أنه من مسائل تطبيق حكم العقد (راجع آخر هذه الفقرة) .

(٢) حكم ١٤ فلوريال سنة ٤ المشار إليه بفقرة ١٥٧٠ ربرتوار دالوز وقد جاء فى أسبابه une lettre privée n'est point une loi dont la violation puisse donner ouverture à cassation.

(٣) حكم ١٩ بريرال سنة ٧ المشار إليه بفقرة ١٥٦٩ ربرتوار دالوز . وتتلخص القضية التى صدر فيها هذا الحكم فى أن رجلين تعهدا لثالث بأن يدفعا له بالتضامن مبلغاً من المال ، بعد إقرار أولهما فى سند المداينة بأنه اقترض المبلغ لنفسه وإقرار الثانى بأنه إنما ضمن زميله فى تسديده . ولما حل الأجل وطالبهما الدائن بالدفع متضامنين ، حكمت المحكمة بإلزامهما بالدين بغير تضامن معتمدة على أن ما جاء من إقرار كليهما بأن الاقتراض كان لمصلحة أولهما وأن الثانى إنما ضمن صاحبه فى الوفاء ، قد هدم التضامن وألغاه . فلما نقضت محكمة النقض هذا الحكم قالت إنه مخالف لنص السند ، وفى مخالفته إياه مخالفة صريحة لنصوص الأوامر الملكية الصادرة فى سنة ١٥١٠ و ١٥٣٥ و ١٥٣٩ فيما جاء بها من وجوب احترام العقود الصحيحة وإنفاذها بين العاقدين . وانظر حكم ٣٠ بريريال سنة ١٣ المشار إليه بفقرة ١٥٦٩ وحكم ٢٢ ميسدور سنة ٩ المشار إليه بفقرة ٢٠٤٤ من ربرتوار دالوز تحت كلمة **Commune** وقد جاء بهذا الحكم أن الحكم المطعون فيه قد خالف العقد الذى هو قانون المتعاقدين .

(iunt والتي ترجمتها : les contrats reçoivent leur loi de la)
(convention)[١] ، ثم على نص المادة ١١٣٤ من القانون المدنى .

٩٢ — العهد الثانى : وقد بقيت محكمة النقض تقضى بمذهبها هذا حتى سنحت الفرصة لنائبها العام (مرلان) فصرفها عنه إلى مذهبه الذى سبق له شرحه فى موسوعته[٢] ، فقررت بحكمها المؤرخ فى ٢ فبراير سنة ١٨٠٨ بأن لقضاة الموضوع السلطة التامة فى تفسير العقود وأن لا رقابة لمحكمة النقض عليها فى هذا التفسير ، وأن الزعم بمخالفة الحكم لفحوى العقد لا يصلح سبباً للطعن به أمام محكمة النقض ، ولو مسخ الحكم مقصوده واستبدل به غيره مما[٣] لم يخطر ألبتة على بال العاقدين ؛ وأن محكمة الاستئناف لا تعتبر ، فى صورة الدعوى التى صدر فيها الحكم المطعون فيه ، قد خالفت القانون إذ اعتبرت الشركة المتنازع عليها شركة توصية اعتماداً على ما ظهر لها من فحوى عقدها ومن النشرات الموزعة على الكافة عند إنشاء الشركة[٤] وهذه الدعوى تتلخص فى أن محكمة النقض كانت نقضت بحكمها المؤرخ فى ٢٨ مايو سنة ١٨٠٦[٥] حكم محكمة بروكسيل لخطئه فى تفسير عقد شركة وفى اعتبار هذه الشركة شركة توصية لا شركة تضامن ، وذلك جرياً على ما كان استقر عليه قضاؤها من قبل من جواز الطعن بالنقض فى الأحكام المبنية على الخطأ فى تفسير العقود أو فى تطبيقها . ومحكمة دويه (Douai) التى أحيلت إليها القضية ، حكمت فيها على نحو ما حكمت به من قبل محكمة بروكسيل ،

(١) راجع مجموعة القواعد اللاتينية المستعملة لمؤلفها جوانو (القاعدة رقم ٦٢١ ص ٨٠)
(٢) ربرتوار مرلان : المطلب الثانى من المبحث الثانى من الفصل الثانى تحت كلمة (Société)
(٣) En matière d'interprétation d'actes les Tribunaux avaient un pouvoir discrétionnaire et sans contrôle et que la prétendue violation du contrat, n'étant pas une ouverture à cassation, même quand la décision attaquée avait dénaturé le contrat et substitué des conventions imaginaires aux veritables conventions des parties. (نقلا عن جوجييه ص ٢٨٩) .
(٤) ن . ف ٢ فبراير سنه ١٨٠٨ (س ٨٠٨ — ١ — ١٨٣) .
(٥) ٢٨ مايو سنة ١٨٠٦ (س ٨٠٦ — ١ — ٣٢٥) .

فرفع طعن فى هذا الحكم الثانى وقدم لمحكمة النقض مشكلة من جميع دوائرها ، فانتهز (مرلان) هذه الفرصة الحسنة للادلاء برأيه ، فكان مما قاله فى مرافعته قوله : « إما أن يكون القانون قد بين خواص أحكام العقد المدعى بأن الحكم المطعون فيه قد خالفه أو لا يكون قد بينها . فإن كان الأول وخالف قاضى الدعوى حكم القانون (كأن يقضى مثلا بأن البيع المعلق على شرط توقيفى لا يلزم البائع بشىء ما) فالمخالفة تكون واقعة حقاً فى قانون العقد ومحكمة النقض تكون مختصة بتقويم هذا الخطأ بنقض الحكم المطعون فيه . وإن كان الثانى فالمخالفة المدعاة لا يمكن اعتبارها حاصلة فى ذات القانون ولا يصح رفع الأمر فيها لهذه المحكمة » . ثم قال ان صحة ما يراه من وجوب الحكم برفض الطعن فى الدعوى الحالية يؤكده أن محكمة النقض إذا هى قبلت الطعن ونقضت الحكم المطعون فيه ثم قضت محكمة الإحالة بمثل ما قضت به محكمتا بروكسيل ودويه ، فإنه يكون على محكمة النقض سلوك سبيل التفسير الرسمى على الوجه المبين بقانون ١٦ سبتمبر سنة ١٨٠٧ لاستصدار مرسوم بقانون يحسم الخلاف ، ويستحيل أن تصدر الحكومة قانوناً تفسر به عقداً اختلف على تفسيره لأنها لا تصدر قانوناً تفسيرياً إلا عند ما تقتضى الحال تفسير قانون سابق اختلف على معناه(١)و(٢) .

ولم تضمن محكمة النقض حكمها الصادر برفض الطعن الثانى شرح مذهبها الجديد فى تفسير العقود والاتفاقات ، ذلك المذهب الذى انتهجته حتى منتصف القرن التاسع عشر . لكن المتأمل فى هذا الحكم على ضوء الاعتبارات التى قدمها

(١) ربرتوار دالوز فقرة ١٥٧١ ، ١٥٧٢ والأحكام المشار إليها فيهما .

(٢) ومهما يكن من أثر هذه الحجة الأخيرة الخاصة بقانون س سنة ١٨٠٧ فى نفوس مستشارى المحكمة ، فان حكم سنة ١٨٠٨ المتقدم الذكر صار مذهباً لها حتى بعد أن عدل ذلك القانون فى ٣٠ يوليه سنة ١٨٢٨ ، بل بعد أن ألغى نظام التفسير التشريعى والحكومى بقانون أول يونيه سنة ١٨٣٠ وأصبح ما تراه محكمة النقض بدوائرها المجتمعة من رأى قانونى واجب الاتباع على المحكمة التى تحال إليها الدعوى (راجع فقرات ٣٣و٣٤و٣٥ من كتابنا هذا فى التفسير التشريعى والحكومى) .

النائب العام ، وفى الأحكام الصادرة بعد ذلك ، يتضح له أنها أفسحت مجال التفسير لقاضى الموضوع وضيقت سلطة رقابتها عليه بعض التضييق[١] ، وأن هذا المذهب يمكن تلخيصه فى جمل ثلاث :

الأولى — لقاضى الموضوع السلطة التامة فى تفسير العقود والاتفاقات حسب الغرض الذى يظهر له أن المتعاقدين قد قصدوه . و إذن فأى تفسير يكون قد ذهب إليه وأخذ به فى الحكم فى الدعوى ، لا يصح الطعن فيه أمام محكمة النقض بزعم أنه مخالف لنص المادة ١١٣٤ من القانون المدنى التى تنص على أن الاتفاق الصحيح يقوم بين عاقديه مقام القانون[٢] .

الثانية — ولا يعتبر حكم قاضى الموضوع متعين النقض لمخالفته نص هذه المادة إلا إذا كان هذا القاضى — بعد تحديده وجهة العقد (la portée de la convention) — قد انصرف عن تطبيقه والأخذ به لعلة ما ، كمخالفة العقد لقواعد العدل والإنصاف .

الثالثة — وكذلك يكون حكمه واجب النقض إذا أعطى العقد — بعد تفهمه وتحديد معناه — حكم نوع آخر من العقود المبينة أحكامها فى القانون لا يندرج هو تحته ، أى إذا أخطأ فى تكييفه بما لا يناسبه ولا ينطبق عليه من الكيوف القانونية[٣] .

---

(١) مارتى فقرة ١٤٦ ص ٣٠٠

(٢) ويشهد للقاعدة الأولى حكم ٥ يوليه سنة ١٨٠٨ و ٧ سبتمبر سنة ١٨٠٨ (المشار إليهما ربرتوار دالوز فى فقرة ١٥٧٣ ، وقد ذكرهما فاى بفقرة ١٦٩ ص ١٨٨) والأحكام الكثيرة التى لخصها ربرتوار دالوز فى فقرة ١٦٠٠ و ١٦٠١ و ١٦٠٢ و ن . ف ٢٨ نوفمبر سنة ١٨٣١ (س ٣٢ — ١ — ٢٦) و ٢٥ يوليه سنة ١٨٣٦ (س ٣٦ — ١ — ١٠٠) و ١٦ فبراير سنة ١٨٤١ (بنديكت ٤٤ — ١ — ٧٥٤) وأشير إليهما فى كاربنتييه فقرة ٣٢٩٧ و ٣٣٠١ و ٣٣٠٤ .

(٣) ويشهد للقاعدتين الثانية والثالثة أحكام كثيرة منها الأحكام الملخصة فى ربرتوار دالوز فقرة ١٥٨١ وما بعدها ومنها حكم ٢٤ أبريل سنة ١٨٤٤ (ربرتوار دالوز فقرة ١٥٨١) وقد جاء فيه : إذا كان للمحاكم الاستئناف أن تقدر وقائع الدعوى وتفسر ألفاظ العقود بسلطة قاضى الموضوع فان من وظائف محكمة النقض أن تراقبها فى ذلك ما تغافلت هذه المحاكم فى تقديرها أو تفسيرها عن طبيعة العقد الذى يكون القانون قد بين عناصره وأركانه وقرر أحكامه .

ونحن إذا صرفنا النظر الآن عن الجملتين الأخيرتين لتعلقهما بتكييف العقد وإنزال حكمه على حاصل فهم الواقع فى الدعوى وحصرنا القول فى التفسير . قلنا إن محكمة النقض الفرنسية كانت تكتفى فى أول هذا العهد بالتقرير بأن قاضى الموضوع هو سيد نفسه فى التفسير ، ثم تدرجت إلى القول بأن الزعم بأن الحكم المطعون فيه قد خالف قانون العقد لا يصح اعتباره وجه طعن مقبولا أمام محكمة النقض ، ثم إلى التقرير بأن قاضى الموضوع لا يخضع لرقابة محكمة النقض فى تفسير العقود وتطبيقها متى قرر فى حكمه أنه إنما قضى فى الدعوى على الوجه الذى ظهر أنه المطابق لغرض العاقدين ، ثم إلى القضاء بأنها لا تقبل الطعن المبنى على مخالفة الحكم لنص المادة ١١٣٤ ولا على مخالفة قواعد التفسير الأخرى المبينة بالمواد ١١٥٦ وما بعدها (المقابلة للمادتين ١٣٩ و ١٤٠ من قانوننا المدنى) ثم انتهت فى حكمها الذى أصدرته دوائرها المجتمعة فى ٢٢ نوفمبر سنة ١٨٦٥ إلى الجزم بأن محل الطعن فى الحكم بمخالفته لنص المادة ١١٣٤ ، إنما هو عند ما يكون قاضى الموضوع — بعد أن تثبت من نص العقد وعين وجهته فى تفسيره — قد رأى عدم الأخذ به لعلة ما . أما إذا اقتصر القاضى على تحديد معنى العقد من طريق التفسير والتأويل ، فإن حكمه فى الدعوى على مقتضى هذا التفسير يكون غير خاضع لرقابة محكمة النقض ، ولو كان قد أخطأ فى واقع الأمر فى تفسيره ، لأن خطأه عندئذ لا يعتبر خطأ فى القانون وإنما يعتبر فساداً فى القضاء ليس إلا (un mal jugé) .[(١)] و [(٢)]

ولم تك محكمة النقض ترفض الطعن المبنى على مخالفة الحكم المطعون فيه لقواعد التفسير المنصوص عليها فى المواد المتقدمة فحسب ، بل كانت ولا تزال ترفض كذلك كل طعن يبنى على مخالفة الحكم لقواعد التفسير الخاصة ببعض العقود ،

(١) ن . ف ٢٢ نوفمبر سنة ١٨٦٥ (س ١٨٦٦ — ١ — ٢٣) و (د ٦٦ — ١ — ١٠٨) وأشير إليه فى كاربنتييه فقرة ٣٣١٣ .

(٢) ونتيجة هذا المذهب أن سلطة قاضى الموضوع فى التفسير تكون تامة ما دام هو يقرر فى حكمه أنه قد أخذ فيه بالتفسير المطابق لمقصود العاقدين (مارتى آخر فقرة ١٤٦ ص ٣٠١)

رغم الظن بأن فى النص على مثل هذه القواعد الخاصة ما يوجب اعتبارها فى حكم القواعد التكليفية التى يكون فى عدم مراعاتها مخالفة للقانون تستوجب النقض [١] .

ولهذا تراها مثلا — رغم النص فى المادة ١٢٧٣ من القانون المدنى على أن استبدال الدين بآخر لا يصح افتراضه وأن نية العاقدين فيه يجب أن تظهر فى سنده — تقرر أنه لا يشترط قانوناً أن تظهر هذه النية من ألفاظ صريحة فى معنى الاستبدال ، بل يكفى أن تتضح هذه النية وضوحاً لا شك فيه ، ولقاضى الموضوع أن يحصل فهم هذه النية من جميع عناصر الدعوى ، ولا رقابة عليه فى ذلك لمحكمة النقض [٢] . وتراها كذلك تعترف بسلطة قاضى الموضوع فى استخلاص معنى التضامن من ظروف الدعوى وأحوالها ، رغم ما جاء بالمادة ١٢٠٢ من القانون

(١) مارتى ص ٣٠٢ وبهامش ١ الأحكام الصادرة تأييداً لهذه القاعدة لغاية حكم ٢ مايو سنة ١٩٠٦ (د ٩٠٦ — ١ — ٢٤٨) . ومن المفيد أن نثبت هنا ما لاحظه مارتى من أن كثيراً من الأحكام ما يظهر عليه بادئ الرأى أن محكمة النقض تراقب قاضى الموضوع فى تطبيق قواعد التفسير المبينة بالمواد ١١٥٦ وما بعدها من القانون المدنى ، ثم تقضى بصحة التطبيق . ولكن الواقع أن هذه الأحكام لصدورها برفض الطعون ، ولأن أسبابها على الغاية من الاختصار والايجاز ، توهم أن المحكمة ، على خلاف الواقع ، قد نظرت فى تطبيق قواعد التفسير هذه على واقع الدعاوى ، ولذلك يقول مارتى إنه لم يعثر على حكم واحد تكون محكمة النقض قد نقضت به حكما طعن فيه لمخالفته قواعد التفسير المتقدمة الذكر (مارتى ص ٣٠٢ هامش ٢ و٣)

(٢) مارتى ص ٣٠٣ وهامش ١ وكابيتان طبعة سابعة جـ ٢ ص ٣٠٩ ، و ن . ف ٢٠ فبراير سنة ١٨٩٤ (س ٩٤ — ١ — ١٨٥) و ن . ف ٢٨ أبريل سنة ١٩٠٠ (س ٩٠٠ — ١ — ٢٧٧) و ع . ف ١٢ مارس سنة ١٩٠١ (د ٩٠٣ — ١ — ٣٤٩) و ع . ف ١٠ أبريل سنة ١٩٠٦ (س ٩٠٩ — ١ — ٩٣) و ٨ نوفمبر سنة ١٩١٠ (س ٩١١ — ١ — ١٥٢) و ع . ف ١٠ نوفمبر سنة ١٩٢٤ (داللوز الأسبوعية ١٩٢٤ ص ٦٦٥) و ن . ف ٧ يوليه سنة ١٩٢٥ (د ٩٢٧ — ١ — ٢٢) ولعل أحسن ما صيغت فيه هذه القاعدة هو حكم ٢٠ فبراير سنة ١٨٩٤ فقد جاء فيه : إن لمحكمة النقض بغير شك أن تتحقق مما إذا كانت الظروف التى أثبتها قاضى الموضوع فى حكمه تحتوى أو لا تحتوى جميع الأركان القانونية التى تتألف منها حقيقة استبدال الدين بآخر . أما تفسير الأوراق والعقود لتحصيل ما إذا كان للدائن الجديد إرادة واضحة فى قبول مدينه الجديد خلفاً عن مدينه القديم أو لم تكن له إرادة فى ذلك ، فهو مما لا يخضع فيه قاضى الموضوع لرقابة محكمة النقض . ولهذا قضى بأن مجرد إعطاء سندات تحت الإذن أو تحويلات بدفع الدين لا يمكن اعتباره استبدالا للدين بآخر .

المدنى من أن التضامن لا يفترض وجوده بل يجب أن يقع عليه الاتفاق الصريح[1].

٩٣ — وكان جمهور فقهاء هذا العهد[2] يؤيدون محكمة النقض فيما ذهبت إليه من الإقرار بسلطة قاضى الموضوع التامة فى تفسير العقود والاتفاقات . وكان من حججهم أنه إذا كان من وظائف محكمة النقض أن تتولى رقابة تفسير النصوص القانونية التى تتناول بعمومها و إطلاقها مختلف الوقائع والحوادث المتميزة بعضها عن بعض ، فليس من وظائفها التدخل فى تفسير العقود والاتفاقات المختلفة . ذلك لأن كل عقد منها لا يتهم معناه إلا عاقداه ، و إذا افتقرت ألفاظه وعباراته إلى تفسير فليست تفتقر إلى تفسير لغوى أو منطقى يحدد معانيها فحسب ، بل كثيراً ما لا ينكشف غامضها إلا بالرجوع إلى مقصود العاقدين ، وكثيراً ما يرجع القاضى فى تفهم هذا المقصود إلى ظروف أحوال متعددة تكون قد سبقت العقد أو اقترنت به ؛ وبالجملة لا مناص للقاضى فى تفسير عقد من العقود من الرجوع إلى ظروفه الواقعية ومقارنة شروطه بعضها ببعض ومقابلته بأقوال الخصوم ومزاعمهم فى موضوع النزاع ، ولا يمكن اعتبار نشاط القاضى فى مثل ذلك اجتهاداً فى القانون .

ولم يخرج على هذا الإجماع فيمن نعرف إلا كاريه[3] إذ قال : إن الشرط الوارد بالعقد والمختلف على تفسيره إما أن يكون ظاهر المعنى و إما أن يكون غامضه ، فإن كان الأول فقد حق القول بوجوب نقض الحكم لمخالفته قانون العقد ونص المادة ١١٣٤ ، و إن كان الثانى وقام القاضى بتفسير الغامض فإنه لا يكون لمحكمة

(١) مارتى ص ٣٠٣ وهامش ٢ و ٣ و ن . ف ١٠ ديسمبر سنة ١٨٩٥ (د ٩٦ — ١ — ٣٨٧) و ٤ أغسطس سنة ١٨٩٦ (س ٩٠٠ — ١ — ٢١٩) و ١٧ ديسمبر سنة ١٩٠٧ (د ٩٠٨ — ١ — ١٤٠) و ١١ يونيه سنة ١٩١٢ (س ٩١٤ — ١ — ٢١٥) وع . ف ١١ يونيه سنة ١٩١٢ (د ٩١٤ — ١ — ٢٨٠ وتعليق W. P.) وحكم ٦ أبريل سنة ١٩٢٧ (س ٩٢٧ — ١ — ٢٠١ وتعليق مازود Mazeaud) .

(٢) بونسن فى مؤلفه : نظرية المرافعات المدنية Boncenne, theòrie de la procédure civil (ص ٤٩٧) وبونست فى مؤلفه فى الأحكام Poncet-Traitè des Jugements. (جـ ٢ ص ٢٩٧)

(٣) كاريه فى مؤلفه قوانين الاختصاص Les lois de compétence (جـ ٣ ص ١٣٠)

النقض أية رقابة عليه فى تفسيره ، لأن مثل هذا التفسير يجب تركه له ورأيه فيه يجب أن يكون نهائياً .

٩٤ — **العهد الثالث** : وقد بقيت محكمة النقض حتى منتصف القرن التاسع عشر تقضى بأن لا رقابة لها على تقدير جوهر العقود العادية وطبيعتها(١) ، وبأن مخالفة الحكم لنص المادة ١١٣٤ لا تصلح وجهاً للطعن بطريق النقض(٢) ، وبأن التفسير المطابق لمقصود العاقدين سواء اعتمد فيه على ألفاظ العقد وعباراته أو على ظروف خارجة عنه ، لا رقابة لها عليه(٣)و(٤) . ثم تراجعت نحو مذهبها

(١) و (٢) Les tribuneaux apprécient souverainement la nature et les caractères des contrats ordinaires. (ن . ف ٩ يونيه سنة ١٨١٣ (سيريه) و ع . ف ٢٨ نوفمبر سنة ١٨٣١ (س ٣٢ — ١ — ٢٦) .

(٣) ١٢ أغسطس سنة ١٨٢٩ (سيريه) و ٣ يوليه سنة ١٨٣٦ (س ٣٦ — ١ — ٦٠٠) .

(٤) وقد قلنا فى المتن « العقود العادية » لأن محكمة النقض كانت تستثنى عقود الصلح والزواج والوصايا المحرمة بمقتضى نص المادة ٨٩٦ من القانون المدنى ، وتحرص فى هــذا العهد على الأخذ بحقها فى رقابة تفسير هذه العقود الخاصة (وسنرى فيما بعد أنها هى الرقابة على المسخ التى جرى القضاء بتعميمها منذ سنة ١٨٧٠ ، راجع مارتى ص ٣٠٤) ، فالدائرة المدنية حين لاحظت من قديم أن المادة ٢٠٥٢ مدنى تعتبر عقد الصلح بمثابة حكم انتهائى حاز قوة الشىء المحكوم به ، لم تر ترك تفسيره لقاضى الموضوع أسوة بالعقود الأخرى (مارتى هامش ٣ وبه الأحكام الصادرة من سنة ١٨١٥ إلى حكم ١٩ نوفمبر سنة ١٨٥١ المنشور فى د ٥١ — ١ — ٣٢١) ، أما دائرة العرائض فقد كانت لا ترى فرقاً بين الصلح والعقود الأخرى ، وكثيرا ما قالت فى أحكامها إنه إذا كانت المادة ٢٠٥٢ تعتبر الصلح الحاسم للنزاع كالحكم الحائز قوة الشىء المحكوم به فلقاضى الموضوع السلطة التامة فى تفسير شروطه وتحديد حجيته ، انظر ع . ف ١٢ أبريل سنة ١٨٣٧ (س ٣٧ — ١ — ١٠٠٧ والتعليق عليه)

ولما عدلت الدائرة المدنية رأيها واعترفت بسلطة قاضى الموضوع فى تفسير شروط الصلح المشكوك فى معناها dont le sens serait douteux وأخذت تنقض أحكامه إذا مسخ الشروط الظاهرة أو الصريحة claires, expresses et positives تابعتها فى ذلك دائرة العرائض ، وهكذا اتفقت الدائرتان على تسوية عقود الصلح بالعقود الأخرى (قارن حكم الدائرة المدنية فى ٢٣ فبراير سنة ١٨٩٢ (س ٩٢ — ١ — ٣١٣) و (د ٩٢ — ١ — ١٥٠) وحكم دائرة العرائض فى ٢٣ مارس سنة ١٨٩٧ (س ٩٧ — ١ — ٣٠٨) (د ٩٧ — ١ — ٢٠٦) ، وعبارتا تقرران بأنه إذا كان للمحاكم حق تفسير الصلح أو أى عقد آخر ، فليس لها أن تحرف معانى شروطه الظاهرة أو الصريحة بحجة تفسيرها وإلا كانت أحكامها واجبة النقض .

القديم وأخذت تنقض بعض الأحكام لمخالفتها قانون العقد ونص المادة ١١٣٤ ، فى الأحوال التى يغلو فيها قاضى الموضوع فى تفسير العقـد فيخرج به عن طبيعته وجوهره ويقضى فيها بما لا يتفق مع هذا الجوهر . ولعل الحكم الذى أصدرته دائرة العرائض فى ٢٢ نوفمبر سنة ١٨٦٥ برفض الطعن المبنى على مخالفة قانون العقد ، والحـكم الذى أصدرته الدائرة المدنية فى ٢٠ يناير سنة ١٨٦٨ بنقض الحـكم المطعون فيه ، هما الحكمان اللذان يمكن اعتبارهما نهاية العهد الثانى وبداية العهد الثالث .

وتتلخص قاعدة الحـكم الأول فى أن سلطة قاضى الموضوع — فى تفسير العقود والاتفاقات على حسب نيـة المتعاقدين — تمتد إلى تصحيح ما يتراءى له من التجوز والغلط فى تحرير العقود بما يجعلها مطابقة لنية المتعاقدين ، وذلك إعمالاً للعقد وإنتاجاً لآثاره وأحكامه . وهو إذ يفعل ذلك لا يعتبر أنه خالف القانون ولو كان مخطئاً فى واقع الأمر ، ولا يعتبر أنه قد خالف قانون العقد إلا إذا كان ،

= وكذلك كانت محكمة النقض — فى الوصايا المخالفة لنص المادة ٨٩٦ — فقد اعترفت فى حكمها الذى أصدرته دائرة العرائض فى ٥ يناير سـنة ١٨٠٧ (س ٨٠٧ — ١ — ٣) بسلطة قاضى الموضوع فى تفسير الغامض والمجمل من شروط هـذه الوصايا ولم تسمح له بالخروج عن معنى شروطها الصريحة أو الظاهرة (المخالفة لنص المادة ٨٩٦ مدنى) وكثيراً ما نقضت أحكاماً تأول فيها قاضى الموضوع شرطاً صريحاً ظاهراً كان يستوجب بطلان التبرع (ن . ف ٢٢ يوليه سـنة ١٨١٢ (س ٨١٢ — ١ — ٢٤) ون . ف ٢٤ مارس سنة ١٨٢٩ (س ٨٢٩ — ١ — ٢٩٣) و ٥ ديسمبر سـنة ١٨٦٥ (س ١٨٦٦ — ١ — ٧٢) ، وربرتوار دالوز تحت كلمة Substitution فقرة ٢٠٣) وكثيراً ما رفضت طعوناً وقررت فى أحكامها أنه لما كان لمحـكمة النقض أن تراقب قاضى الموضوع فى تقـدير عبارات التصرف لمعرفة ما إذا كان التصرف يخفى تبرعاً محرماً أو لا يخفى ، فإنها تحرص على ألا تتدخل فى نظر ما بحثه قاضى الموضـوع من وقائع الدعوى لرفع اللبس عن بعض شروط التصرف للتحقق من نية المتصرف وتفسـير العقد على مقتضى هذه النية ، وذلك ما دام ما يستخلصه قاضى الموضوع من ذلك لا يتناقض مع عبارات التصرف وشروطه (ن . ف ٣ مايو سنة ١٨٦٩ (د ٦٩ — ١ — ٢٥٤) ومارتى ص ٣٠٧ و ٣٠٨ وهوامشها وهامش رقم ١ بهذه الصحيفة الأخيرة وفيه نص القاعدة التى اعتادت محكمة النقض وضعها فى أحكامها) .

بعد أن أثبت نصه وحدد معناه ، قد انصرف عن الأخذ بأحكامه مستبدلا به عقداً آخر لم يقع عليه الاتفاق من قبل[(١)] .

وتتلخص قاعدة الحكم الثانى[(٢)] فى أن قاضى الموضوع إذا كان هو وحده

---

(١) ع . ف ٢٢ نوفبر سنة ١٨٦٥ (س٦٦ — ١ — ٢٣ والتعليق ، واقرأ فيه مرافعة الأفوكاتو العمومى بول فابر) وتتلخص القضية فى أن أرضاً ببلاد الجزائر بيعت بايراد مؤبد سنوى قدره ٧٢٠ فرنكا ، وجاء فى عقد البيع أن مساحتها تبلغ ١٨٠ زوجا من الثيران (وهى وحدة اصطلح على مسح الأرض بها أى ١٥٠٠ هيكتار إلى ١٦٠٠) وأنه إذا تبين أن مساحتها الحقيقية تنقص عن هذا القدر يكون للمشترى تنقيص المرتب السنوى بنسبة ٩ فرنكات عن كل زوج من الثيران . ولما ادعى المشترى عجز المبيع وأن هذا العجز يبلغ نحو المائة من أزواج الثيران ، لاحظت محكمة الموضوع من ناحية أنها إذا أخذت بما جاء بالعقد خاصا بمساحة لأرض انقطع شرط دفع المرتب لأن ما يجب تنقيصه منه يستنفد المرتب كله ويصبح المشترى وقد تملك الأرض بلا ثمن ، ولاحظت من ناحية أخرى أنها إذا أخذت بفحوى ما جاء به من أن للمشترى تنقيص المرتب على نسبة تسعة فرنكات لكل زوج من الثيران ، انكشف لها أن مساحة الأرض الملحوظة بين المتعاقدين هى ثمانون زوجاً فقط (لأن قدر المرتب هو حاصل ضرب ٩ × ٨٠) فغلبت هذا النظر ورجحت أن المتعاقدين قد تعاقدا على بيع أرض تبلغ مساحتها ثمانين زوجا من الثيران لا ١٨٠ زوجا فأصلحت هذا الخطأ تنفيذا لأحكام العقد ورفضت الدعوى . طعن فى هذا الحكم وبنى الطعن على مخالفته لنص المادة ١١٣٤ مدنى فطلب الأفوكاتو العمومى بول فابر رفض الطعن ، ومما قاله : « إنه يشترط لقبول الطعن المبنى على مخالفة الحكم لنص هذه المادة أن تكون محكمة الموضوع بعد إذ تبين لها مقصود العاقدين قد قررت أنها مع ذلك ترى وجوب مخالفته لبعده عن العدل والإنصاف ، كأن ترى مثلا مبالغة فاحشة فى جزاء تعويضى مشروط أو فى تقدير ما كفله العقد من المنافع ، فتخالف حكم العقد مراعاة لأصول العدل والإنصاف ، إذ يمكن القول عندئذ بأن القاضى قد استبدل بارادته إرادة المتعاقدين وبالعقد عقداً آخر . ثم قال : أما إذا اقتصرت المحكمة على البحث عن نية المتعاقدين وقضت فى الدعوى على موجب هذه النية ، فإن حكمها لا يصح الطعن فيه أمام محكمة النقض لمخالفته نص المادة ١١٣٤ . وقد استمعت محكمة النقض لحججه وأوردتها فى حكمها الصادر برفض الطعن .

(٢) ن . ف ٢٠ يناير سنة ١٨٦٨ (س ٦٨ — ١ — ١٠٠) ، وملخص القضية أن سيدة أوصت لأختها بمبلغ من النقود يدفع لها بعد وفاتها ووفاة زوجها إذا بقى حياً بعد وفاتها ، وجعلت زوجها وارثها العام ووصى التركة ، وأجازت له أن يضع يده منذ وفاتها على جميع ما تتركه من عقار ومنقول وأن ينتفع به على أن يقوم لأختها بما أوصت به . ولما توفيت وتبين لأختها أنها لم تترك عقاراً ، قيدت رهنها القانونى المخول لها الحق فيه بمقتضى نص المادة ١٠١٧ من القانون المدنى على عقارات الزوج ، فطلب الزوج شطب هذا القيد ، فحكمت محكمة الاستئناف برفض دعواه معتمدة فى ذلك على أن العلاقات الزوجية وغيرها من ظروف الدعوى قد دلت على أن الموصية لم تقصد الايصاء لأختها بمبلغ من النقود ، وإنما قصدت الايصاء برأس مالها فى الأموال الجهازية ، وقد جعل القانون للزوجة ولمن يخلفها رهناً على مال الزوج تأميناً =

المختص بتفسير عقود الوصية على مقتضى نية الموصى ، فإن سلطته فى تفسيرها لا تمتد إلى إبدال شرط مكتوب — نصه ظاهر وحكمه واضح — بشرط آخر غير مكتوب يختلف حكمه عن حكم الشرط الذى أبدل به ، ففى هذه الحالة يحق لمحكمة النقض أن تراقبه فى تفسيره هذا الذى مسخ به العقد متغافلا عن حكم شرطه الصريح الواجب الأخذ به .

ثم أخذت دائرة العرائض والدائرة المدنية تنصان — فى الأحكام التى تصدرانها برفض الطعون — على أنها كما تتولى نقض الأحكام التى تمتنع عن تطبيق قانون العقد ستراقب وتنقض الأحكام التى تحرف شروط العقد وتمسخها بحجة تفسيرها[1] . وقد استقر قضاء محكمة النقض على مراقبة المسخ فى العقود

=لوفاء ما يؤول لزوجته من الأموال الجهازية (المادة ٢١٣٥) . طعن فى هذا الحكم بمخالفته نص المادتين ٢١١٥، ٢١٣٥ من القانون المدنى فنقضته محكمة النقض بحكم قيم أعادت فى أسبابه نص الوصية ، ثم قالت إنه ليس فى الوصية ما يلزم الزوج بأن يقدم للموصى لها رهناً أو كفيلاً يضمن لها الوفاء بالوصية وليس فى القانون ما يلزم الزوج إذا أقيم وصياً على تركة زوجته بتقديم مثل هذا الرهن للموصى لها ، وإن محكمة الاستئناف قد تأولت نصوص الوصية الصريحة لترتب للموصى لها الحق فى هذا الرهن ، ثم قالت : وإذا كان تفسير الوصية هو مما يختص به قاضى الموضوع وحده ، فسلطته فى هذا التفسير لا تمتد إلى أن يكون له حق تغيير الوصية وإنشاء وصية أخرى بالاعتياض عن شرط صريح بين حكمه بشرط آخر (له حكم آخر ونتائج أخرى) وانتهت من ذلك إلى اعتبار الحكم المطعون فيه قد خالف وأخطأ فى تطبيق المادتين ٢١١٥ ، ٢١٣٥ من القانون المدنى .

(١) ع . ف ١٨ يوليه سنة ١٨٧١ (د ٧١ — ١ — ٢٨٣) وع . ف ٢٠ نوفبر سنة ١٨٧١ (د ٧٢ — ١ — ١٨٧) وع . ف ٢٨ مايو سنة ١٨٧٣ (د ٧٣ — ١ — ٤١٦) وع . ف ١٣ نوفبر سنة ١٨٧٦ (د ٧٨ — ١ — ٦) ، واقرأ فيه تقرير المستشار (Alméras Latour) الذى بين فيه متى يقال فى مذهبه إن الحكم قد مسخ جوهر العقد ، والظاهر أنه يعتبر المسخ من قبيل الخطأ فى التكييف لا من قبيل التوسع فى التفسير إذ قال : Dénaturer un acte, un contrat, ce n'est pas lui donner un sens que mieux examiné il ne doit pas avoir; ce n'est pas attribuer aux parties une intention que les documents du procès tendent à exclure; c'est changer la nature, l'essence même du contrat, c'est lui donner un caractère fondamental qui ni lui appartient pas, c'est le méconnaître dans ses apports avec la loi. Ce n'est qu'à ce point de vue élevé qu'il nous est permis de réviser les décisions des tribunaux et nous ne craignons pas de dire que pour tout ce qui=

منذ سنة ١٨٨٥ أو حولها[(١)] .

أما الدائرة الجنائية فقد كان تراجعها نحو هذا الرأى بطيئاً ولم يظهر أخذها به واضحاً إلا منذ حكمها الذى أصدرته فى ١٦ فبراير سنة ١٨٨٤ حيث قالت : لا يمكن اعتبار قاضى الموضوع قد خالف نص المادة ١١٣٤ من القانون المدنى إلا إذا كان — بعد أن أثبت وجود العقد — قد انصرف عن الأخذ به لعلة ما واستبدل به عقداً آخر غير الذى قرر هو وقوع الاتفاق عليه ، أو كان بعد التقرير بثبوته قد كيفه تكييفاً آخر غير الذى ينبغى تكييفه به قانوناً . أما إذا لم يكن من قاضى الموضوع إلا أنه فسر العقد على مقتضى مقصود العاقدين فإن حكمه على موجب هذا التفسير لا يخضع لرقابة محكمة النقض[(٢)] .

والذى يمكن القطع به — على ما يقوله مارتى بعد أن راجع نحو أربعمائة حكم أصدرتها محكمة النقض فى الأربعين سنة الأخيرة (التى انتهت بسنة ١٩٢٩) — أن سلطة قاضى الموضوع فى تفسير العقود والمحررات لم تصبح الآن مطلقة غير خاضعة لرقابة محكمة النقض ، بل قد ثبت قضاء هذه المحكمة على نقض كل حكم يمسخ فيه قاضى الموضوع شروط أى عقد ، أو أية وصية ، بعلة افتقار أيهما إلى تفسير

= touche le fait d'intention, les juges du fond sont investis d'un pouvoir qui n' admet pas de restrictions, même au cas d'erreur évidente. Si la cour de cassation en effet s'engageait sur cette pente où serait la mesure où se trouverait le point d'arrêt ?

(١) أحكام دائرة العرائض منها : ١٥ يوليه سنة ١٨٧٥ (د ٧٦ — ١ — ١٣٢) ، ٦ نوفمبر سنة ١٨٧٨ (س ١٨٨٠ — ١ — ١٧٦) ٢١ فبراير سنة ١٨٨٣ (س ٨٤ — ١ — ٣٦١ وتعليق لابيه) وأحكام الدائرة المدنية ١٧ نوفمبر سنة ١٨٨٦ (س ٨٧ — ١ — ٤٢٥) و ٢٩ فبراير سنة ١٨٨٨ (س ٨٩ — ١ — ١٥٠) و ٢٤ ديسمبر سنة ١٨٨٨ (س ٨٩ — ١ — ١١٩) و ٢١ يناير سنة ١٨٩٠ (د ١٨٩٠ — ١ — ٤٨٣) و ٢٩ نوفمبر سنة ١٨٩٢ (د ٩٣ — ١ — ٨٥) عن مارتى ص ٣١١ هامش ٣

(٢) ن . ف . ج ١٦ فبراير سنة ١٨٨٤ (س ١٨٨٥ — ١ — ١٨٨) و ن . ف . ج ١٥ مارس سنة ١٩١٢ (د ١٩١٣ — ١ — ٩٧ القضية الثانية) عن مارتى ص ٣١١ هامش ٤ و ٥ .

يكشف عن غامضه وعن مقصود العاقدين فيه[1] .

٩٥ — تحليل قضاء محكمة النقض الفرنسية فى تفسير العقود : وأنت إذا أنعمت النظر فى تقارير الطعون التى كانت تقدم لمحكمة النقض الفرنسية وفى الأحكام التى أصدرتها برفضها لا يسهل عليك أن تعرف بالضبط متى كان يصح اعتبار الحكم المطعون فيه مبنياً على مخالفة قانون العقد أو على الخطأ فى تفسيره أو تطبيقه . ذلك لأن الطاعنين كانوا يضعون تحت حالة الطعن بمخالفة القانون كل طعن يقرعون به أبواب محكمة النقض لإيجاب احترام نصوص العقود والأخذ بها بين عاقديها . فلما رأوا أنها كانت ترفض الطعون المبنيــة على مخالفة قانون العقد وتأبى أن تعطى العقد حكم القانون ، انطلقوا يبنون طعونهم على مخالفة الأحكام لقاعدة التفسير المبينة بالمـادة ١١٣٤ من القانون المدنى ؛ فلما رأوها لا تأبه للاستناد إلى هذه المـادة ولا إلى أخواتها من مواد القانون المتضمنة لبعض قواعد التفسير ، وتصرح بأن هذه القواعد لم يخرجها القانون مخرج أحكامه التكليفية الواجبــة الاتباع وأنها هى لا ترى فيها إلا مجرد إرشادات يجوز أن يغلّب عليها ما يعتقــد

---

(١) ثم ذكر ما رتى فى هامش ٢ و ٣ من ص ٣١٢ سلسلة من الأحكام التى راجعها واعتمد عليها ، وخصوصا الأحكام الصادرة من سنة ١٩٢٥ لغاية سنة ١٩٢٩ ، فما ذكره من أحكام النقض : ٢٤ يناير سنة ١٩٢٥ (س ٩٢٥ — ١ — ١٤) وأول يوليه سنة ١٩٢٦ (س ٩٢٦ — ١ — ٢٨٦) وأول أغسطس سنة ١٩٢٧ (س ٩٢٧ — ١ — ٣٧٣) و٧ نوفبر سنة ١٩٢٨ (س ٢٩ — ١ — ٦٠) و ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٨ (جازيت دى باليه ١٩٢٩ — ١ — ٣٧٣) .

ومن أحكام دائرة العرائض ٦ يناير سـنة ١٩٢٥ (س ٩٢٦ — ١ — ٢٠١) و ٢٤ يناير سنة ١٩٢٦ (س ٩٢٦ — ١ — ١٥٦) و ٢٢ يونيه سنة ١٩٢٧ (س ٩٢٧ — ١ — ٣٣٦) و ٧ مايو سنة ١٩٢٨ (س ٢٩ — ١ — ٤٣) و ١٢ يونيه سنة ١٩٢٨ (س ٩٢٨ — ١ — ٤١) و ١٥ يناير سنة ١٩٢٩ (دالوز الأسبوعى ١٩٢٩ ص ٢٠٤) . ويمكن تكملة هذه السلسلة بأن يضاف إليها ن . ف ٢١ يوليه سنة ١٩٣٠ (س ١٩٣٠ — ١ — ٣٦٥) و ن . ف ٢١ مارس سنة ١٩٣٤ (س ٣٤ — ١ — ٣٦١) و ن . ف ١٥ نوفبر سـنة ١٩٣٣ (س ٣٤ — ١ — ١٣) و ن . ف ٢٧ يناير سـنة ١٩٣١ (جازيت دى باليه فى ٨ و ٩ مارس ١٩٣١ وقد نشرته المجموعة الرسمية تعليقا على حكم محكمتنا فى ٢٧ اكتوبر سنة ١٩٣٢ ، مج . س ٣٤ رقم ٨٥ ص ١٨٣) .

قاضى الموضوع أنه هو الذى انعقدت عليه نية العاقدين أو نية الملزم منهما [١]. لما رأوها كذلك ورأوا أنها تترك التفسير كله إلى قاضى الموضوع أخذوا يقيمون طعونهم على انحراف الأحكام عن جادة التفسير الصحيح ، ثم على المسخ فى شروط العقد ، فاضطروا محكمة النقض إلى إعادة البحث فيما كانت ارتأته من ترك التفسير كله إلى قاضى الموضوع يعمل فيه بلا رقابة منها عليه ، فقيدته على نحو ما رأيت من إجماله .

٩٦ — نظرية التمييز بين الشروط الظاهرة والشروط الغامضة : قد لاحظت محكمة النقض أن من العقود والاتفاقات والمحررات ما يداخله اللبس والتعقيد والإبهام أو يفشو فيه الضعف والركاكة والخلل واللغو أو تكون عباراته مشوشة التأليف قلقة التراكيب فاسدة المبانى ، فتفتقر إذ ذاك إلى تفسير يبين غامضها ويوضح مبهمها ويفصل مجملها ويقرب بعيدها ويكشف عن دقائق أغراض العاقدين وخفى مقاصدهم [٢] ؛ كما لاحظت أن منها ما يكون سديد النهج مطرد التنسيق سليما من التشويش والإبهام واللبس ، تواتيك معانيه على غير مؤونة ولا جهد فكر ولا إرهاق خاطر ، وبالجملة ما لا يكون مفتقراً إلى تفسير بل يكون

---

(١) فاى فقرة ١٦٧ وتالون ص ٣٩ ، وهو رأى كولت دى سانتير جـ ٥ فقرة ٧٦ و٦٩ مكررة ودمولب جـ ٢٥ فقرة ٣٦ وبودرى فى الالتزامات فقرة ٥٥٣ و ٥٧٣ وأوبرى ورو جـ ٤ فى المسألة ٣٤٧ وچوسران جـ ٢ فقرة ٢٤١ ولوران جـ ١٦ فقرة ٥٠٠ وحكم ١٨ مارس سنة ١٨٠٧ (س ٨٠٧ — ١ — ٢٤٠) و ١٨ مارس سنة ١٨٣٧ و ١٨٣٨ المشار إليهما فى ربرتوار دالوز تحت كلمة التزامات فقرة ٨٥٠ وحكم ٢٤ فبراير سنة ١٨٦٨ (د ٦٨ — ١ — ٣٠٩) وع . ف ١٦ فبراير سنه ١٨٩٢ (س ٩٣ — ١ — ٤٠٩) و (د ٩٢ — ١ — ٢٤٨) و ٢٩ يناير سنة ١٩١٨ (د ٩١٨ — ١ — ٩) والسنهورى نظرية العقد فقرة ٨٢٧ .

(٢) وقد عقد جوجييه لهذه العيوب فصلا فى رسالته (من ص ٤٩ إلى ص ٥٥) ثم كتب بعده فصلا آخرين به كيف يفتقر العقد فى شروط انعقاده وصحته ونفاذه ، وفى أحكامه وآثاره ، إلى تفسير حسب مقصود العاقدين يوضح به مثلا مبهم الإيجاب أو القبول ، وهل وقع فى مظهر إرادة العاقدين خطأ أو غش أو إكراه ، وما كان على التحقيق السبب الملجئ لعقد الوصية أو الهبة ... الخ ، وما نوع العقد وما حقيقته بحسب مقصود العاقدين (من ص ٥٥ إلى ص ٦٥)

تفسيره ضرباً من التحيل للخلوص من معناه الواضح وللتأول فى مقصود العاقدين الظاهر المتيقن — لاحظت محكمة النقض ذلك ، فرأت من الصواب أن تفرق فى الحكم بين شروط صريحة ينصرف قاضى الموضوع عن معناها الواضح وتبعثه على تأولها رغبته فى مخالفة قانون العقد لعاطفة من عدل أو رحمة ، فتنقض حكمه لمجازفته فى التفسير وتجاوزه الحد فيه ، وبين شروط أخر مغلقة ينبو عنها الفهم أو يخالج القاضى فيها ريب أو تعترضه فيها شبهة فيقبل على تفسيرها ليفتح به أغلاق المعانى ويكشف عن غوامض المقاصد ، فتمسك هى عن مراقبته اعترافاً منها بسلطته التامة فى هذا التفسير .

٩٧ — ولقد ظهرت بوادر هذا النظر فيما صرحت به محكمة النقض فى بعض أحكامها الناقضة من أن « شروط العقد المتنازع فيها قد بلغت من الوضوح الغاية التى لا تفتقر بعدها إلى تفسير »[(١)] ثم ازدادت الفكرة وضوحاً منذ سنة ١٨٧٠ فقد جاء فى الحكم الصادر فى ٢٢ يوليه سنة ١٨٧٢[(٢)] ما ترجمته : « وحيث إنه من المبادئ المقررة أن لقاضى الموضوع السلطة التامة فى تفسير الألفاظ وتحديد مقاصد العاقدين . وحيث إنه لا استثناء لهذه القاعدة ولا وجه لتدخل محكمة النقض فى التفسير إلا إذا انصرفت المحاكم عن تفسير المحررات الغامضة إلى مسخ وتغيير جوهر المحررات الصريحة الظاهرة »[(٣)]. ثم ثبت قضاء محكمة النقض على ذلك[(٤)] .

(١) تالمون ص ٤٤ وحكم ٥ جرمينال سنة ١٢ والأحكام الأخرى المنوه عنها بربرتوار دالوز فقرة ٨٤٩ تحت كلمة التزامات ، واقرأ من الأحكام الحديثة ن . ف ٥ مايو سنة ١٩٢٦ (س ٩٢٦ — ١ — ١٨٠) و ن . ف ٣١ أكتوبر سنة ١٨٩٨ (٩٨ — ١ — ٢٢٢) .

(٢) ٢٢ يوليه ١٨٧٢ (د ٧٣ — ١ — ١١١) و (س ٧٣ — ١ — ٢٩٩) .

(٣) يقال إن نظرية التفرقة بين الشروط الصريحة والشروط المغلقة هى نظرية قديمة يرجع عهدها إلى القانون الرومانى ، وإن العلامة كاريه هو الذى بعثها من مرقدها فى كتابه « قواعد النظام القضائى والاختصاص » جـ ٢ ص ٧٨٠ وقد تقدها الأستاذ بونسن فى كتابه « نظرية المرافعات » جـ ١ ص ٥٠٣ (تالمون ص ٤٢ و ٤٣) .

(٤) تالمون ص ٤٦ وبهامش ١ سلسلة الأحكام من ١٥ أبريل سنة ١٨٧٢ (د ٧٢ — ١ — ١٧٦) إلى ٧ أبريل سنة ١٩١٤ (د ٩١٧ — ١ — ١٧٥) .

وبعد التسليم بأساس هذه التفرقة بقى أن يعرف ما الذى يفتقر حقاً إلى التفسير وما الذى لا يفتقر إليه ؟ وما هى درجة الوضوح التى يجب أن يبلغها الشرط حتى يعتبر الخوض فى تفسيره انصرافاً عنه وامتناعاً عن تطبيقه ؟

لا يميلن بك ما تقرؤه من أسباب بعض الأحكام الموجزة إلى القول بأن مناط الافتقار إلى التفسير وعدم الافتقار إليه هو — فى نظر محكمة النقض — مجرد اختلاف الخصمين وعدم اختلافهما على المعنى المراد[1] ، إذ ينـدر ألا يختلف الخصمان ولو اختلافاً اصطناعياً فى معنى شرط يكون عليه المعول فى الفصل فى الدعوى ، بل يندر ألا تجرهما المحكمة إلى الخلاف فيه إذا عقدت نيتها على عدم الأخذ بظاهره . وظاهر أنه لو صح هذا النظر لما بقى لمحكمة النقض ما تراقبه ولا تغلق عليها الباب الذى تستفتحه لمراقبة مخالفة القانون من طريق تفسير العقود . كذلك لايغرنك مايبدو لك ببعض أحكام أُخَر من أن المناط فى ذلك يجب أن يكون هو غموض الشرط فى ذاته أو وضوحه فى ذاته[2] . ذلك لأننا نستبعد أن يخفى على محكمة النقض أن ظهور معنى الشرط فى ذاته ووضوحه لا يقتضى القول بتحريم تفسيره على قاضى الموضوع بإطلاق ، إذ قد لا يكون هذا المعنى الظاهر هو الذى قصده الموصى أو الواهب أو العاقدان أو الملزم منهما[3] . وما دام لقاضى الموضوع السلطة التامة فى تفسير العقود حسبما يقتضيه مقصود العاقدين فمن القانون أن نسلم له

---

(١) مارتى ص ٣١٥ و ن . ف ٥ مارس سنة ١٨٩٤ (د ٩٤ — ١ — ٥٠٩) . وحكم أول أغسطس سنة ١٨٩٤ (س ٩٦ — ١ — ٣٥٧) وقد جاء فيهما أن الطرفين كانا مختلفين على معنى الشرط فكان تفسيره متعيناً على محكمة الموضوع .

(٢) مثل ن . ف ٣١ أكتوبر سنة ١٨٩٨ (د ٩٩ — ١ — ٢٢٢) الذى جاء فيه : وحيث إن الشروط ظاهرة ومنضبطة ولا وجه لتأويلها .

(٣) إن وضوح الإرادة ذاتها غير وضوح التعبير عنها ، فالتعبير عن الارادة قد يكون فى ذاته واضحاً ، ولـكن الظروف تدل على أن العاقدين قد أساءا استعمال هذا التعبير الواضح فقصدا معنى وعبرا عنه بلفظ لا يفهم منه . فى هذه الحالة لا ينبغى أن يتقيد القاضى بالألفاظ التى استعملت مهما كان المعنى اللغوى لهذه الألفاظ ، بل عليه أن يعدل عن المعنى الواضح الذى لم يقصده العاقدان إلى المعنى الواضح الذى قصداه .

بحقه فى العدول عن هذا المعنى الظاهر إلى ما يعتقد هو أنه المطابق لهذا المقصود . وإذن فلا مناص من أحد أمرين : إما أن يترك التفسير كله لقاضى الموضوع لأنه فى حاجة إلى معرفة ما إذا كان تحرير العقد على الوجه الذى حرر به قد وقع مطابقاً لمقصود العاقدين أو لم يقع كذلك ، وإلى معرفة ما إذا كان هذا المعنى الظاهر المتبادر للفهم يطابق هذا المقصود أو لا يطابقه لاستجلاء ما عسى أن يكون العاقدان قد ستراه وراء هذا المعنى الظاهر ؛ وإما أن يكون لمحكمة النقض الرقابة على تفسير هذه الشروط الظاهرة المعنى أيضا لتتحقق مما إذا كان ما اعتبره قاضى الموضوع مقصود العاقدين هو مقصودهما حقاً أو غير مقصودهما ، وهذا فيه من التدخل فى نظر الموضوع ومسائله الواقعية ما لا يخفى

إذن لعل المناط فى نظر محكمة النقض الفرنسية ليس هو كون الشرط ظاهر المعنى فحسب ، بل كونه فوق ظهور معناه غير مخالف لمقصود العقد . وقد تجد هذا المعنى واضحاً فى بعض الأحكام المدنية الحديثة كحكم ١٥ أبريل سنة ١٩٢٦ ، وقد جاء به : ان الحكم المطعون فيه كان على حق فيما ذكره من أن المعنى الظاهر لعبارة الشرط الذى استند إليه لا يتفق مع المعنى المفهوم من العقد برمته ولا مع مقصود العاقدين منه[1] .

والظاهر من أحكامها الجديدة أن رقابتها على التفسير قد انحصرت فى قراءة الشرط المدعى بأن محكمة الموضوع قد خالفته أو أخطأت فى تطبيقه ، فإن رأت بمجرد قراءته أنه ظاهر المعنى حقاً وأن قاضى الموضوع قد عدل عن هذا الظاهر إلى معنى آخر ، بحثت فى أسباب حكمه ، فإن رأت أنه قد بيّن لمَ عدل عن هذا الظاهر ولمَ أخذ فى الدعوى بغيره وأنه كانت له فى ذلك اعتبارات معقولة تسوغه ، رفضت الطعن ؛ أما إن رأت أنه لم يبين من ذلك شيئاً نقضت الحكم وبنت حكمها على أن قاضى الموضوع قد مسخ شرطاً ظاهراً .

---

(١) ع . ف ١٥ أبريل سنة ١٩٢٦ (س ٩٢٦ — ١ — ١٥١) .

و إذن فهذه الرقابة التى تتولاها محكمة النقض الفرنسية على تفسير العقود والتى تؤسسها على نص المادة ١١٣٤ لا تعدو ، عند النظر والتحليل ، الرقابة على أسباب الأحكام من ناحية كفايتها وعدم كفايتها ، لأن تسبيب الحكم التسبيب الكافى يرفع ما قد يبدو من التناقض بين معنى الشرط الذى أخذ به الحكم والمعنى الظاهر المتبادر للفهم [١] .

وقد جرت محكمة النقض الفرنسية على مذهبها المتقدم ذكره فى التمييز بين الشروط الظاهرة والشروط الغامضة وفى تحديد سلطة المحاكم القضائية فى تفسير التصرفات الإدارية الفردية les actes administratifs individuels فقضت بأنه لا يجب على تلك المحاكم القضاء بوقف الدعوى و إحالتها إلى الجهات الإدارية المختصة لتفسير نصوص تلك التصرفات إلا إذا كانت غامضة أو مبهمة [٢] .

وكذلك جرت عليه فى رقابة تفسير عقود الهبة والوصية ، حتى ولو استعار الموصى أو الواهب من القانون بعض الألفاظ التى استعملها للدلالة على معان قانونية معروفة ، كالإيصاء لأولاد العم الأشقاء [٣] أو لذريتهم [٤] أو لعائلته [٥] أو لعائلة زوجه [٦] ، وكالوصية بمنقولاته أو بماله المنقول [٧] ؛ فإن محكمة النقض إذ

---

(١) مارتى ص ٣١٨ ، ويقول فى هامش هذه الصحيفة : إن الفكرة فى هذا النظر هى أن تجاوز الحد فى التفسير هو فى الواقع امتناع مستور عن الأخذ بحكم العقد une interpretation abusive est un refus déguisé d'appliquer la convention

(٢) حكم ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٢ (س ٩٢٣ — ١ — ٣١٠) ، وحكم ٢٠ مارس سنة ١٩٢٥ (س ٩٢٥ — ١ — ١٦٣) وانظر مارتى ص ١١٠ هامش ٤ وص ٣١٦ هامش ٢ أما النصوص ذات الصيغة العامة التنظيمية les dispositions à caractère général et règlementaires. فقد جرت محكمة النقض فى شأنها على مراقبة السلطات الإدارية والتنفيذية ونقض أحكامها المبنية على مخالفتها أو على الخطأ فى تأويلها .

(٣) و (٤) المادة ١٧٤ من القانون المدنى الفرنسى ، وحكم ١٩ نوفمبر سنة ١٨٩٥ (د ٩٦ — ١ — ٣١٦) ، وحكم أول مارس سنة ١٨٩٧ (د ٩٧ — ١ — ١٩٩) ، وانظر فاى ص ١٩٤ وهامش ١٠ ومارتى ص ٣١٩ وهامش ٦ و ٧ .

(٥) حكم ١٠ ديسمبر سنة ١٩٠٦ (س ٩٠٧ — ١ — ٢٢٣) .

(٦) حكم ١٩ أكتوبر سنة ١٩٠٨ (س ٩٠٩ — ١ — ٤٢٧) .

(٧) المادة ٥٣٣ التى جاء فيها لفظ meubles والمادة ٥٣٤ التى جاء فيها لفظ meubles meublant والمادة ٥٣٥ التى جاءت فيها ألفاظ biens meubles, mobilier ou effets mobiliers.

رأت أن لا مانع من أن يكون الموصى أو الواهب قد استعمل أسماء هذه الحقائق القانونية فى غير ما وضعت له ، لم تر أن تلزم قاضى الموضوع بالأخذ دائماً بمعانى هذه الألفاظ على الوجه المعروف فى القانون ، بل أجازت له أن يأخذ فيها بالمعنى المطابق لغرض المتبرع يستخلصه من عبارات العقد بجملته ومن جميع ظروف العقد المدونة فيه أو الخارجة عن تدوينه(١) .

---

(١) راجع حكم ١٠ ديسمبر سنة ١٩٠٦ (س ٩٠٧ — ١ — ٢٢٣ وتعليق ١و٢ وما فيهما من المراجع) وانظر جوجيه فى الفصل الذى عقده فى رسالته للتفسير القانونى وحجيته (من ص ٢٦٥ إلى ٣٠٣) . وللفقه الإسلامى اصطلاح آخر فى تفسير الهبات والوصايا والأوقاف ، أساسه التسوية بين شرط العاقد المعتبر ونص الشارع فى المفهوم والدلالة ووجوب العمل به . ولما كان الفقه الإسلامى قد قسم فى أصول الأحكام وجوه النظم صيغة ولغة إلى خاص وعام ومشترك ومؤول ، وقسم وجوه البيان بذلك النظم إلى ظاهر ونص ومفسر ومحكم ، وجعل فى مقابلها الخفى والمشكل والمجمل والمتشابه ، وقسم وجوه استعمال ذلك النظم وجريانه فى باب البيان إلى حقيقة ومجاز وصريح وكناية ، وقسم وجوه الوقوف على المراد والمعانى إلى الاستدلال بالعبارة وبالإشارة وبالدلالة وبالاقتضاء ، ثم بين حد كل قسم من هذه الأقسام وحكمه فى استثمار الأحكام الفرعية ، فقد جرى فى تفسير الهبات والوصايا والأوقاف واستثمار أحكامها كما جروا فى تفسير النصوص الشرعيــة على مقتضى أحكام تلك الأصول المتقدمة الذكر ، فأصبح غرض العاقد من كلامه عندهم هو معناه الذى يفهم منه ، فإن قصد إلى معنى يحتمله الكلام أو معنى مجازى قبل منه إن كان يصح الحمل عليه مع عدم مخالفة الظاهر بشرط أن يساعد عليه اللفظ . وبهذا أصبح لبعض الألفاظ المتداولة كألفاظ « النصيب » ، و « أهل الوقف » ، و « الموقوف عليهم » ، و « درجة الاستحقاق » ، و « طبقة المستحقين » ، و « الطبقة الجعلية » معنى معروفاً مقرراً يختلف باختلاف المذاهب الفقهية فى الأصول . فصار لفظ النصيب يطلق عنـد الحنفية على المستحق بالفعل ولا يشمل ما هو بعرضية الاستحقاق ، ومن ثم كان قول الواقف : « من مات عن ولد انتقل نصيبه إليه ، فإن لم يكن له ولد فلأخوته إلى آخر الشرط » محمولا عندهم على ما بعد الاستحقاق بالفعل . وكذلك صار لفظ « أهل الواقف » ولفظ « الموقوف عليهم » يتناول كل منهما عند الحنفية الذين أدخلهم الواقف فى وقفه وفى ترتيبه ، سواء أوصل إليهم الاستحقاق بالفعل أم لا ، بل كانوا بعرضية أن يؤول إليهم الاستحقاق ولو لم يستحقوا شيئا مطلقاً لا بالترتيب الأصلى ولا بشرط من الشروط ، وصار كل لفظ منهما يساوى لفظ : « ومن مات منهم » الذى يقع كثيراً فى شروط الواقفين . أما الشافعية ففرق السبكى منهم بين لفظ « أهل الواقف » ولفظ « الموقوف عليهم » ، وجعل كل لفظ منهما يخالف لفظ « من مات منهم » ، لأن مرجع الضمير سواء كان مصرحاً به أو محذوفاً هو المذكور فى كلام الواقف وفى ترتيبه أعم من أن يكون وجد أم لا ، استحق بالفعل أم لا ، عينه الواقف وسماه أم لا ، ولهذا أفتى السبكى بحرمان من مات أصله قبـل الاستحقاق مطلقاً حتى يؤول الاستحقاق إلى طبقته . أما الإمام السيوطى فقد قال : إن هذه التفرقة اصطلاح فقهى لا يحمل عليه كلام =

٩٨ — نظرية المسخ والتحريف فى تفسير العقود : ولما لاحظت محكمة

= الواقف الصريح فى خلافها وسوى بين قول الواقف « ومن مات من أهل الوقف » وقوله « ومن مات منهم » . وكذلك أصبح لفظ « الطبقة » فى اصطلاح الواقفين عند الحنفية بمعنى المرتبة الجعلية التى جعلها الواقف ورتب عليها الموقوف عليهم ، وافقت مرتبة النسب أم لا . ومن هنا كان اعتبار الميت موجوداً فى الأوقاف والقسمة عليه مما تلجئ إليه الضرورة فى كثير من أحوال الوقف ، من ذلك ما إذا انقرضت طبقة وآل الاستحقاق إلى الطبقة التالية ، وكان فى الطبقة التالية أحياء وأموات لهم ذرية ، وكان شرط الواقف انتقال نصيب من مات إلى ولده وإن سفل ، وكان موت من مات من الطبقة التالية بعد أن استحق بهذا الشرط كما استحق ولده به أيضاً ، فإنهم نقضوا القسمة بانقراض آخر واحد من الطبقة المنقرضة وقسموا الاستحقاق فى الوقف قسمة مبتدأة على أهل الطبقة التالية للمنقرضة أحياء وأمواتاً ، فما أصاب الأحياء أخذوه وما أصاب الأموات أعطى إلى فروعهم ، مع أن الأموات ليسوا موجودين ولا هم من أهل الاستحقاق قطعاً عند نقض القسمة ، وإنما قدروا وجودهم وقسموا عليهم ليعطوا ما يصيبهم لفروعهم . وبهذا وأمثاله قد أصبح تفسير شروط الأوقاف لا يقوم به إلا من عرف تلك الأصول وطال مرانه على تطبيقها .

والمحاكم الشرعية الآن فى قضايا الأوقاف تفسر حجج الأوقاف كما تفسر النصوص الشرعية وتضع قواعد الحكم على صورة القواعد الكلية . من ذلك مثلا أنها قد قررت أنه إذا جعل الواقف وقفه على جملة أشخاص ثم من بعدهم على أولادهم وهكذا ولم ينص على انتقال من مات من الموقوف عليهم بعد الاستحقاق لولده فلا ينتقل نصيبه بعد الاستحقاق إلى ولده ، ما دام واحد من الموقوف عليهم معه موجوداً ، ويكون ما هو موقوف على هذا المتوفى منقطع الوسط مصرفه للفقراء (حكم المحكمة العليا فى ٢٥ نوفبر سنة ١٩٠٧ المنشور فى منتخبات الأحكام الشرعية للزرقانى ص ١٠٠ والأحكام الأخر المنشورة فى ص ٧٠ ، ٧٢ ، ١١٠) ، وقررت فى الحكم (المنسوخة خلاصته بص ١٢٢) أن كلمة « النصيب » فى قول الواقف « انتقل نصيبه إلى آخر » يراد منها على الراجح النصيب الذى استحق بالفعل . وقررت فى حكم آخر أن كلمة « أبوه » فى قول الواقف « ومن مات منهم أجمعين قبل استحقاقه شيئاً من الوقف وترك ولداً استحق ولده ما كان يستحق أبوه لو كان حياً » ، يراد منها « الأصل » ويكون المعنى « ما كان أصله يستحقه لو كان حياً » (ص ١٦٥) . وقررت فى حكم آخر أن لفظ « الذرية » عام يشمل جميع الطبقات ، وهو كالنسل يشمل كل ولد للواقف وكل ولد يموت له لصلبه وكل ولد يولد لولده . وإليك خلاصة حكم آخر (ص ١٩٢) : إذا أنشأ الواقف وقفه على نفسه ، ثم من بعده على من عينهم بكتاب وقفه ، ثم قال : « فإذا انقرض الموقوف عليهم يكون نصيبهم مصرفاً لحضرات السادة العلماء المدرسين من المالكية برواق الصعايدة ، إلى أن قال : وما يتبقى من بعد صرف الخيرات السابق ذكرها ومعلوم الناظر يشترى بقيمته خبز ويفرق على حضرات العلماء المدرسين من المالكية والطلبة المنقطعين من المالكية بالجامع الأزهر الخ » كان هذا قاضياً بالتعميم والشمول لكل عالم مالكى ، سواء أكان من رواق الصعايدة أم غيرهم ، ولا يمكن صرف معنى كلمة العلماء إلى من عينهم من قبل ، لأن عطف الطلبة والمنقطعين عليهم دليل على أنه أراد أخيراً التعميم ولم يرد التخصيص بالعلماء الصعايدة . =

النقض أن لا حد للتأويل[1] فيما خفى معناه من شروط العقد وألفاظه وعباراته ، وأن الظاهر إذا احتمل تأويلاً فحد تأويله هو اعتبار احتمال يعضده دليل يصير به هذا الاحتمال أغلب على الظن من المعنى الذى دل عليه الظاهر ، رأت أن تحد سلطة قاضى الموضوع فى التفسير والتأويل بهذا الحد وأن تبسط رقابتها على أحكامه إذا هو تجاوزه إلى المسخ والتحريف .

ولقد اهتدت محكمة النقض الفرنسية منذ فجر القرن التاسع عشر إلى اعتبار مسخ العقود وتحريفها عن مواضعها مخالفة لقانون العقد وامتناعاً عن تطبيقه تستوجب نقض الحكم ، ولهذا ظهر الطعن فى الأحكام بمسخ العقود وتحريفها قبل ظهور الطعن بالخطأ فى تفسير الشروط الظاهرة فسبقت نظرية مسخ العقود فى الوجود نظرية التمييز بين الشروط الظاهرة والغامضة . ثم كثر بناء الطعون على المسخ والتحريف ، وكان من أسباب كثرتها منذ سنة ١٨٧٠ ما انتشر من عقود الإذعان Contrats d'adhésion وما نزل بالناس من نوازل وأزمات أعجزتهم

ويقول الأستاذ السنهورى : ولو أن القاعدة فى الشريعة الإسلامية أن العبرة بالمعانى ، أى بالارادة الحقيقية للمتعاقدين ، إلا أن الفقهاء فى كثير من الفروض يقفون عند المعانى الظاهرة من الألفاظ التى استعملها العاقدان فلا يتعدونها إلى المعانى الكامنة فى السريرة . ولعل هذا يفسر تحليلهم الدقيق لبعض العبارات والألفاظ ووقوفهم طويلا عند شرح ما تضمنته هذه العبارات من المعانى . . . فليس هذا فى رأينا استمساكا باللفظ بل هو تغليب الارادة الظاهرة على الارادة الباطنة (كتاب العقود ص ١٨٢) .

وقد جاء فى المذكرة القيمة التى قدمها قضاة محكمة مصر الشرعية لوزارة الحقانية التماسا لاصلاح علل الوقف ومشاكله : « ان العبارات التى توضع فى الوقفيات بغير رقابة على ألفاظها ، ومع أن أكثر الواقفين لا يعرفون تحليل الألفاظ ولا وجوه الاختلاف بين العبارات ، تعتبر كنص الشارع من لغة التنزيل ، تطبق عليها أحكام الحقيقة والمجاز والمطلق والمقيد والمحكم والمتشابه ، وكم اشتدت خصومات فى تفسير وشروط وبيان المراد من عبارات ، وكم ضاعت مصالح وقضى على أناس من أجل حرف وضع ما نطق به الواقف ولا أدرك ما يترتب عليه (مجلة كلية الحقوق العدد الثالث سنة ٧ ص ١٩) .

(١) التفسير والتأويل واحد ، وقيل التفسير كشف المراد عن المشكل ، والتأويل رد أحد المحتملين إلى ما يطابق الظاهر ؛ وقيل التفسير بيان لفظ لا يحتمل إلا وجها واحداً ، والتأويل توجيه لفظ يتوجه إلى معان مختلفة إلى واحد منها بما ظهر عنده من الأدلة ، وقد ألحقنا التفسير بالتأويل فى المتن .

عن وفاء ما التزموه وما كانوا عاجزين لولا تغير أحوال لم تكن لهم بحسبان ؛ وكذلك ما أخذت به المحاكم من تأويل العقود والمقاولات تأويلاً راعت فيه روح العدل والإنصاف فأخلت بقانون العاقدين ، ثم ما رآه الناس من إقبال محكمة النقض على نقض هذه الأحكام وبناء نقضها على مخالفتها لنص المادة ١١٣٤ من القانون المدنى[١] . وكثيراً ما صرحت بأن سلطة قاضى الموضوع فى التفسير والتأويل هى سلطة تامة مالم يتجاوز حدها إلى المسخ والتحريف[٢] .

ولما لاحظت هذه المحكمة أن تجاوز قاضى الموضوع حدود التفسير لا يمكن كشفه إلا على ضوء ما يتبادر للفهم من ظاهر العقد ، جمعت بين الأخذ بنظرية المسخ والتحريف ونظرية التميز بين الشروط الصريحة والشروط الغامضة فى تحديد سلطة قاضى الموضوع فى تفسير العقود وتأويلها ، وصارت تذكر فى بعض أحكامها الحديثة مثلاً أنه إذا كان من خصائص قاضى الموضوع تفسير العقود والاتفاقات فليس له أن يحرفها عن معناها ويغير وجهتها ، بحجة تفسيرها ، متى كانت شروطها ظاهرة المعنى محدودة المبنى[٣] .

٩٩ — بقى أن نعرف ما المراد من كلمة مسخ العقد dénaturation فى

(١) مارتى ص ٣١٣ وبالهامش رقم ١ سلسلة بعض الأحكام من سنة ١٨٦٨ إلى سنة ١٩٢٤ راجع مثلا ن . ف ١٨ ديسمبر سنة ١٨٧٢ (س ٧٣ — ١ — ٨٣) و ن . ف ١٠ مارس سنة ١٩١٩ (د ١٩٢٣ — ١ — ٢٠٥) و ٦ يونيه سنة ١٩٢١ (س ٩٢١ — ١ — ١٩٣ وتعليق Hugueny) و ٢٨ يناير سنة ١٩٢٤ (س ٩٢٤ — ١ — ٣١١)

(٢) تالون ص ٥١ و ٥٢ و ع . ف ١٠ أبريل سنة ١٩٠٥ (د ٩٠٥ — ١ — ٢٦٤) ، و ع . ف ٢ يناير سنة ١٩٠٧ (د ٩٠٧ — ١ — ٨٨) و ٢٤ ديسمبر سنة ١٨٨٨ (د ٨٨ — ١ — ٤١٣) وبرتوار دالوز فقرة ١٥٨٠ .

(٣) Ils ne peuvent en dénaturer le sens et la portée quand les clauses *sont claires et precises* . انظر ن . ف ٢٣ فبراير سنة ١٨٩٢ (د ٩٢ — ١ — ١٥٠) واقرأ صيغاً أخر لهذه القاعدة فى حكم ٢١ ديسمبر سنة ١٨٩١ (د ٩٢ — ١ — ١٠٤) ، و ٤ ديسمبر سنة ١٩٠٠ (د ٩٠١ — ١ — ٢٥١) ، وقد استشهد بهما تالون فى ص ٥٣ و ن ف ٣٠ نوفمبر سنة ١٨٩٢ (د ٩٣ — ١ — ٨٥) و ن . ف ٨ مارس سنه ١٩٢١ (س ٩٢٢ — ١ — ٧٠) وقد استشهد بهما مارتى فى ص ٣١٥ هامش ٢ و ٣ و ع . ف ١١ يوليه سنة ١٨٧٦ (د ٧٧ — ١ — ١٧٦) واستشهد به وبغيره فاى فى فقرة ١٦٩ مكررة .

نظر محكمة النقض ؟ لقد استعملت محكمة النقض الفرنسية لفظ المسخ فى عدة معان : استعملته للتعبير عن معنى إعطاء العقد المقدم فى الدعوى وصفاً غير وصفه القانونى الصحيح[1] : فقد يثبت قاضى الدعوى عبارة العقد و يحصل منها معناها ولا يخطىء لا فى نقل نصها ولا فى تناول معناها من هذا النص ، و إنما قد يصف العقد مع ذلك بغير وصفه ، كأن يقول مثلاً إنه عقد بيع وهو فى واقع الأمر عقد إجارة ثم يعطيه أحكام البيع و يحكم فى الدعوى على هذا الاعتبار . فإذا تبينت محكمة النقض هـذا الخطأ — وظاهر أنه خطأ فى التكييف — فإنها لا محالة تنقض الحكم ، وكثيراً ما تبنى أحكامها فى مثل هذه الصورة على ما استقر عليه قضاؤها من نقض الأحكام القائمة على مسخ العقد وعلى حقها فى رقابة هـذا المسخ . ولا نراها — نحن — فى حاجة إلى الاستناد فى هذه الرقابة إلى مثل هذه الحجة ، لأن تلك الأحكام إنما يعيبها فى الواقع الخطأ فى التكييف وهو وحده يقتضى النقض كما ستراه فى المطلب الآتى .

كذلك استعملت محكمة النقض كلمة المسخ فى التعبير عن عيب آخر يلحق ذات الحكم ، وذلك حين تخطىء محكمة الموضوع فى فهم الواقع فى العقد أو فى المستندات المقدمة فى الدعوى بأن لا تأبه لها أو تحرفها عن معانيها ثم تكيف هـذا الفهم الخاطىء ثم توقع الحكم على مقتضى هذا التكييف فيسرى الخطأ إلى ذات الحكم . ومثاله أن تقول محكمة الموضوع إنها تستنتج من الأوارق والمستندات المقدمة فى الدعوى أن طرفى الخصومة قد اتفقا على نقل ملكية المال الفلانى مقابل دفع ثمنه الفلانى فتم بينهما البيع والشراء . . . الخ ، فى حين أن هـذه المستندات لا تدل — فى الواقع — إلا على مجرد شروع فى البيع لم يتم بعد . مثل هـذا المسخ هو الذى يعنينا لأنه هو الذى يقع فى تفسـير العقود والمحررات وسائر الأوراق التى يستند إليها و يحتج بها فى الدعوى ، وهو الذى ابتدعت محكمة النقض الفرنسية

(١) مارتى ص ٢٩٣ ، ٢٩٤ وفاى ص ١٩٠ وهامشها رقم ١

القول برقابته لتتمكن من الرقابة على مخالفة القانون أو الخطأ فى تطبيقه .

وهذا المسخ يقع على صورتين : إما أن يكون قاضى الدعوى قد عنى فى حكمه بالتنويه عن المستند المدعى بمسخه وعنى بنقل ما جاء فى هذا المستند من العبارات الدالة على ثبوت واقعة من وقائع الدعوى أو على نفيها ، ثم تراه مع ذلك — عند استخلاصه فهم الواقع فى الدعوى — قد تغافل عن هـذا المستند وعن ثبوت تلك الواقعة أو نفيها وحكم فى الدعوى بغير أن يبين لمَ تغافل وكيف اعتبر تلك الواقعة منفية أو ثابتة مع شهادته هو بثبوتها أو نفيها . وفى هـذه الصورة يكون عيب الحكم أن أسبابه متناقضة وأنه قد نفى أو أثبت أمراً على خلاف الثابت بمستند قد شهد القاضى بوجوده وبدلالته على ثبوت هذا الأمر أو نفيه .

والصورة الثانية أن يكون قاضى الموضوع قد اكتفى فى سياق سرد وقائع الدعوى ومستنداتها بالإشارة إلى مستند بعينه بغير أن ينقل عنه عبارته الدالة على ثبوت واقعة من وقائع الدعوى أو نفيها ، ثم تراه عند تحصيل فهم الواقع فى الدعوى قد ادعى أن هذه الواقعة قد ثبتت أو انتفت بهذا المستند على خلاف الثابت به ، ثم حكم فى الدعوى على هذا الاعتبار . وفى هذه الصورة لا تجد فى ظاهر الحكم ذلك التناقض فى الأسباب الذى رأيته فى الصورة الأولى ، وإنما يواجهك التناقض بين ما قررته المحكمة فى حكمها بشأن ثبوت تلك الواقعة أو نفيها وبين ذلك الذى ثبت فى الواقع بهذا المستند من نفى هذه الواقعة أو ثبوتها .

ولهذه الصلة القريبة بين القول بالمسخ والقول بتناقض أسباب الحكم رأينا محكمة النقض تقيم رقابتها على مسخ المحررات فى التفسير والتأويل على أساس رقابة أسباب الحكم المطعون فيه وكفاية تلك الأسباب وعدم كفايتها فى تعضيد احتمال للمحرر تجعله أغلب على الظن من المعنى الذى يدل عليه الظاهر من هذا المحرر . ولهذا كانت طريقتها فى هذه الرقابة أن تنظر فى عبارات المحرر المدعى مسخه[1]

(١) ويجب أن يكون هذا المحرر مقدماً لمحكمة النقض وأن يكون من قبل تحت نظر المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه .

وما يتبادر من معناها للفهم بمجرد قراءتها ، فإن رأت أن محكمة الموضوع قد أعطتها معنى آخر غير ذلك المعنى وأن ما احتواه حكمها من أسباب يجعل هذا المعنى محتملاً ومقبولاً قضت برفض الطعن ، أما إذا رأته غير مسبب ذلك التسبيب الكافى نقضت الحكم و بنت حكمها على وقوع مسخ فى محرر ظاهر المعنى(١) .

١٠٠ — وقد ابتدأت محكمة النقض برقابة المسخ والتحريف بنقض الأحكام التى قررت فيها محكمة الموضوع ثبوت أمر أو نفيه على خلاف ما احتوته الأوراق الرسمية ، وكثيراً ما أشارت فى أحكامها إلى المادتين ١٣١٧ ، ١٣١٩ من القانون المدنى ونعت على الأحكام المطعون فيها تجاهلها حجية الأوراق الرسمية(٢) . ثم أخذت تمد رقابتها هـذه إلى كافة الأوراق والمستندات المقدمة فى الدعوى عرفية أو رسمية ، وصارت تنقض كل حكم يثبت فيه قاضى الموضوع من التقريرات مايتعارض مباشرة مع ما يكون ثابتاً بأى محرر أو أية ورقة من أوراق ملف الدعوى تكون المحكمة قد أشارت إليها وعولت عليها فى الحكم المطعون فيه ، وذلك سواء أكان ذلك المحرر أو تلك الورقة متعلقة بالإجراءات كصحف الدعاوى والاستئناف والإنذارات أم غير متعلقة بهذه الإجراءات كالمحررات العرفية الأخر(٣) .

* * *

---

(١) مارتى ص ٢٩٥ وص ٣١٨ ، وحكم ١٥ أبريل سنة ١٩٢٦ السابق الاشارة إليه

(٢) مارتى ص ٢٩٥ و ص ٢٩٦ ، وبالهامش رقم ١ من هذه الصحيفة سلسلة الأحكام من ٣ بريريال سنة ٨ إلى ١٢ ديسمبر سنة ١٩٠١ (د ٩٠٤ — ١ — ٤٢١) الصادر من محكمة النقض البلجيكية ، وفاى فقرة ١٨٤ ص ٢٠٣ وهامش ١٧ .

(٣) مارتى ص ٢٩٦ — ٢٩٧ و ص ٣٢٢ ، وحكم ن . ف ٧ ديسمبر سنة ١٨٣٥ (س ٨٣٥ — ١ — ٨٩٧) فى النقض للتعارض بين ما قرره الحكم المطعون فيه وما جاء بخطاب مقدم فى الدعوى قد أشار الحكم إليه واستظهر بعض عباراته و ع . ف ٢٧ يونيه سنة ١٩٣١ المشار إليه فى ربرتوار دالوز فقرة ٥٦٤ تحت كلمة éléction (فى تعارض الحكم مع المستندات المقدمة) و ع . ف فى ١٧ يونيه سنة ١٨٥٦ (د ٥٦ — ١ — ٤٦٣) فى تعارض الحكم مع محرر معترف به بين الخصوم ، وحكم ٨ ديسمبر سنة ١٩١١ فى مسخ تقرير الخبير الذى اعتمده الحكم المطعون فيه (وقد استشهد به فابراجيت ص ٣٣٠ وهامش ١) وحكم ٥ مايو سنة ١٩١٥ فى إغفال الأخذ بأوراق المرافعات (س ٩١٥ — ١ — ٦٥ وتعليق ليون كان عليه) =

١٠١ — والآن وقد مررنا بك على العهود الثلاثة التى تدرج فيها القول بسلطة قاضى الموضوع فى تفسير العقود والاتفاقات وعلمت كيف بسطت محكمة النقض فى عهدها الأخير رقابتها على التفسير وما نوع هـذه الرقابة ومتى تكون ومتى لا تكون ، فلنعد بك إلى ما كنا قد أوقفنا الكلام عنده فى مستهل بحث « التفسير » فنقول : إن محكمة النقض الفرنسية تجرى الآن على التسليم مبدئياً بسلطة قاضى الموضوع التامة فى تفسير العقود والاتفاقات وسائر المحررات ما كان هذا التفسير على حسب نية العاقدين أو الملزم منهما ، ثم على بسط نوع من الرقابة على تسبيب الأحكام أصبح يطلق عليه اسم « الرقابة على مسخ المحررات الظاهرة » ؛ وهذا النوع من الرقابة ينحصر فى مطالعة العقد أو الشرط المختلف على تفسيره والعلم بمعناه الذى يتبادر للفهم ، وفى مطالعة أسباب الحكم المطعون فيه لمعرفة ما إذا كان لعدول القاضى عن هـذا المعنى إلى غيره اعتبارات كافية معقولة لتعضيد الحمل عليه أو لم يكن ، بحيث إذا خلا الحكم من ذلك فإنها تنقضه لعدم قيامه على الأسباب الكافية التى يجب أن يشتمل عليها وإلا أبرمته .

١٠٢ — ولقد حذت محكمتنا حذو محكمة النقض الفرنسية فقالت فى حكمها الصادر فى ٢٧ اكتوبر سـنة ١٩٣٢ : لقاضى الموضوع السلطة التامة فى تفسير المشارطات على وفق الغرض الذى يظهر أن العاقدين قصدوه مهما كان المعنى اللغوى للألفاظ المسـتعملة ، مع مراعاة ما يقتضيه نوع المشارطة والعرف الجارى . فله أن يقضى — اعتماداً على شروط عقد البيع ومفهوم مقصود العاقدين منه — بأن انشاء بلكون من حديد مفرغ فى طبقة ثانية من منزل لا يعتبر بناء معطلاً لحق ارتفاق الجار المرتفق بالهواء والنور والمطل [1] .

= وحكم ٢١ يناير سنة ١٩١٢ (س ٩١٢ — ١ — ٣١٢) فى حكم مسخ المذكرات المقدمة فى الدعوى ووجوب الأخذ بها فى التفسـير الحق وكذلك حكم ١٩ نوفمبر سـنة ١٩٠٥ (س ٩٠٦ — ١ — ١١٩) .

(١) حكم ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٣٢ (ملحق القانون والاقتصاد س ٣ رقم ٦٢ ومج س ٣٤ =

وقالت فى حكم آخر فى ١٠ مارس سنة ١٩٣٢ « لمحكمة الموضوع السلطة التامة فى تفسير صيغ العقود والشروط والقيود المختلف عليها بما تراه هى أوفى بمقصود المتعاقدين ، مستعينة فى ذلك بجميع ظروف الدعوى وملابساتها . ولها بهذه السلطة أن تعدل عن المدلول الظاهر إلى خلافه ، بشرط أن تبين فى أسباب حكمها لِمَ عدلت عن هذا الظاهر إلى خلافه وكيف أفادت تلك الصيغ هذا المعنى الذى اقتنعت به ورجحت أنه هو مقصود العاقدين ، بحيث يتضح من هذا البيان أنها قد أخذت فى تفسيرها باعتبارات مقبولة يصح عقلاً استخلاص ما استخلصته منها . فإن قصر حكمها فى ذلك كان باطلاً لعدم اشتماله على الأسباب الكافية التى يجب قانوناً أن ينبنى عليها . و بناء على ذلك لا يصح — عند الاختلاف بين صيغة التنازل الصادر من شخص بشروط معينة وصيغة القبول الصادر من طرف آخر بلا قيد ولا شرط — أن تعتبر المحكمة هذا التنازل نهائياً من غير أن تبين فى حكمها كيف تلاقى كل من الإيجاب والقبول بين الطرفين تلاقياً محققاً لغرض القانون ومؤدياً إلى انعقاد الالتزام ، إذ يكون الحكم الصادر باعتبار هذا التنازل نهائياً مبهماً إبهاماً يجعله كأنه غير مسبب [(١)] » .

وفى حكم آخر قالت : « لا رقابة لمحكمة النقض فى تفسير الاتفاقات والمحررات على مقتضى مقصود العاقدين ، ما دامت محكمة الموضوع لا تخرج فى تفسيرها

= رقم ٥ ٨ ص ١٨٢) وفى صيغة هذا الحكم التفات إلى صيغة حكم لمحكمة النقض الفرنسية أصدرته فى ١١ فبراير سنة ١٩٠٧ (د ٩٠٨ — ١ — ٢٧٦) قالت فيه هذه المحكمة : إذا قضت محكمة الموضوع بأن مؤجر منزل للسكنى لم ينقل لمستأجره حق تأجير الحيطان الخارجية للصق الاعلانات ، معتمدة فى ذلك على ما تبينته من فحوى شروط عقد الإجارة ودل عليه مقصود العاقدين ، فإن قضاءها هذا يكون نهائياً لا رقابة عليه لمحكمة النقض) — واقرأ حكمها فى ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣١ (المحاماة سنة ١٢ رقم ١٥٧ ص ٢٨٨ ومجلة القانون والاقتصاد س ٣ رقم ٦ ص ٤) وحكم ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٣٢ (المحاماة سنة ١٣ ص ٥١٦ ملحق القانون والاقتصاد س ٣ رقم ٧١ ص ٥٥) .

(١) حكم ١٠ مارس سنة ١٩٣٢ (المحاماة س ١٢ رقم ٤٨١ ص ٩٦٤ وملحق القانون والاقتصاد س ٣ رقم ٤٠ ص ٢٧)

عن حد حمل عبارات الاتفاق على ما يمكن أن تحتمله وما دامت تذكر فى أحكامها ما يعضد هذا الحمل من الاعتبارات المعقولة »(١) .

وفى حكم آخر قالت : « إن تفسير محكمة الموضوع لشروط عقد مّا — متى كان تفسيراً تحتمله عبارة تلك الشروط وليس فيه تشويه لأصل العبارة — فإن محكمة النقض لا يكون لها تدخل فيه »(٢) .

وقالت فى حكم آخر : « إن لقاضى الموضوع أن يستخلص من نص عقد البيع ومن ظروف الدعوى وأحوالها أن العاقدين قصدا أن يكون البيع منجزاً بشرط جزائى ولم يقصدا أن يكون بيعاً بعربون أو بيعاً معلقاً على شرط فاسخ »(٣) .

وجاء لها فى حكم آخر : « إذا نفت المحكمة فى حكمها دعوى الضمان نفياً تاماً موضوعياً مفيداً أن المشترين تنازلوا فعلاً عن دعوى الضمان قبل البائع لهم ، فذلك تقدير موضوعى فى شأن من الشؤون التى تملكها محكمة الموضوع بلا رقابة من محكمة النقض ، ما دام هذا التقدير منتزعاً من وقائع ثابتة والعقل يقبله »(٤) .

وفى حكم آخر : « إذا فسرت محكمة الاستئناف العقد المتنازع فيه بأنه عقد بيع المنزل لا عقد بدل فيه — لما رأته من أن ذات العقد مصرح فيه أنه عقد بيع المنزل وعقد بيع للأطيان ، وأن ثمن الأطيان مع استنزاله من ثمن المنزل يكون الباقى الواجب دفعه نقداً من ثمن المنزل مبلغاً كبيراً يزيد عن ثمن الأطيان ، وأن العقد الذى يكون بهذه الكيفية التى يزيد فيها ما يدفع من الثمن نقداً عما يدفع

---

(١) ١٣ مايو سنة ١٩٣٣ (القانون والاقتصاد سنة ٣ رقم ١١٥ ومج س ٣٤ رقم ١٥٧ ص ٣٣١) .

(٢) ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٣٤ (القانون والاقتصاد سنة ٥ رقم ١٥ والمحاماة س ١٥ ق ١ رقم ٨٨ ص ١٨٤) .

(٣) ٥ يناير سنة ١٩٣٣ (المحاماة سنة ١٣ رقم ٤١٥ ص ٨٣٩ ومج س ٣٤ رقم ٦٥ ص ١٣٨) .

(٤) ٢٠ يونيه سنة ١٩٣٥ (القانون والاقتصاد س ٥ رقم ٨٣ ص ٢٩٤ والمحاماة س ١٦ رقم ١١٦ ص ٢١٩) .

منه عيناً هو عقد أقرب إلى البيع منه إلى البدل — فتفسير المحكمة هذا المنتزع من الواقع بغير تشويه أو تكييفها لهذا الواقع أنه عقد بيع لا بدل هو تفسير تملكه وتكييف لا غبار عليه »[١] .

وفى آخر : « إذا كان عقد البيع مذكوراً فيه أن البائع اشترط لمصلحة نفسه أن عدم دفع القسط الأول من الثمن يجعل البيع لاغياً ، ورأت محكمة الموضوع أن هذا الشرط ليس معناه أن القسط الأول إذا دفع ولم تدفع الأقساط الباقية يكون البائع محروماً مما يخوله القانون له من طلب فسخ البيع عند عدم دفع المتأخر من الثمن ، بل إن هذا الحق ثابت له بنص القانون و باق له من غير أى اشتراط فى العقد بخصوصه ، فإن تفسيرها هذا الشرط لا يصح الطعن فيه بأنه مخالف للعقد الذى هو قانون المتعاقدين ، لأنه تفسير يحتمله العقد ولا غبار عليه . ولكن كان يصح هذا الطعن لو أن العقد كان مذكوراً فيه أن البائع لا يكون له حق طلب الفسخ إذا تأخر فى دفع ما بعد القسط الأول بل يكون له حق تقاضى المتأخر مضموناً بما له من امتياز على العقار المبيع[٢] » .

وقالت فى حكم آخر : « إن محكمة الموضوع إذ تحصل من ظروف الدعوى وملابساتها أن العقد ، الذى يفيد بصيغته البيع والشراء وقبض الثمن وتسليم المبيع ، هو عقد ساتر لتبرع مضاف إلى ما بعد الموت وتذكر القرائن التى استدلت بها على ذلك وتعتمد على دلالتها ، وتكون هذه الدلالة مقبولة عقلاً ، لا تعتبر إلا أنها قد حصلت فهم الواقع فى الدعوى من دليل مقبول ينتجه عقلاً . وهى إذ تقوم بوظيفتها هذه لا رقابة عليها لمحكمة النقض[٣] » .

---

(١) ٣٠ مايو سنة ١٩٣٥ (المحاماة س ١٦ رقم ٥٧ ص ١٢٨ والقانون والاقتصاد س ٥ رقم ٧٣) .

(٢) ٢ مايو سنة ١٩٣٥ (المحاماة س ١٦ رقم ٢ ص ٢ ومج س ٣٦ رقم ١٨٧ ص ٤٤١) .

(٣) ٦ يونيه سنة ١٩٣٥ (القانون والاقتصاد س ٥ رقم ٧٨ والمحاماة س ١٦ رقم ١٠٦ ص ٢٦٠) .

وقالت فى حكم آخر بعد إيراد القاعدة كما أوردها حكم ٢١ مارس سنة ١٩٣٥ : « إذا جاء فى عقد بيع حصة من منزل أن المشترى ينتفع بإيجارات حصته التى اشتراها وأن الإيجار الحالى لهذه الحصة هو كذا ، وأنه إذا لم يتيسر للمشترى قبض حقه بموجب عقود الإيجار يحق له أن يخصم الإيجار الذى يخصه من باقى ثمن المبيع ، واستدلت محكمة الموضوع بذلك على أن المراد هو جعل المشترى مستحقاً لثمرة الحصة المبيعة مقدرة فى السنة الأولى بما كانت هذه الحصة مؤجرة به أى بمبلغ كذا ومقدرة فيما بعد فى السنوات التالية بما تؤجر به فى واقع الأمر ، ثم دعمت حكمها على هذا التفسير بما يؤيده باعتبارات معقولة كان الحكم بعيداً عن رقابة محكمة النقض »[1] .

١٠٣ — آراء الفقهاء ونقد قضاء محكمة النقض : تلك خطة محكمة النقض الفرنسية — وقد تبعتها محكمة النقض المصرية كما رأيت — فى الرقابة على تفسير وتأويل العقود والمحررات والمستندات ، وهى خطة إن كانت قد حرصت فيها تلك المحكمة على الوفاء بعهد القانون من عدم التعرض إلى موضوعات الأحكام ، فإنها قد بلغت بها الغاية فى رقابة هذه الأحكام رقابة غير مباشرة من طريق النظر فى أسباب الأحكام من قبل عدم صحتها وعدم كفايتها وعدم تعارض تقريراتها المتعلقة بوقائع الدعوى للثابت بالأوراق والمستندات ، ولهذا لم تسلم من اعتراض الفقهاء المتقدمين منهم والمتأخرين . .

رأى المتقدمين : فقد رأى أولئك أن تقسيم المحررات ، من جهة افتقارها إلى التفسير وعدم افتقارها إليه ، إلى محررات ظاهرة ومحررات غامضة ، إنما هو تقسيم لا أساس له من نصوص القانون ولا من فقهه ، إذ يحسب الخصمين أن يختلفا على معنى محرر ليصبح تفسيره متعيناً وواجباً على محكمة الموضوع ، و إذا هى

---

(١) ٢١ مارس سنة ١٩٣٥ (المحاماة س ١٥ ق ١ ص ٣٣٦ ومج س ٣٦ رقم ١١٤ ص ٢٦٩) .

اشتغلت به وحددت المعنى المراد منه فإنه لا يمكن أن يقال — حتى لو أخطأت — إنها قد خالفت نص المادة ١١٣٤ ، لأن هذه المادة — إذ توجب عليها التفسير على مقتضى مقصود العاقدين — تضطرها إلى تعرف هذا المقصود من ذات المحرر ومن جميع عناصر الدعوى وظروفها وملابساتها الخارجة عنه ، والنظر فى ذلك كله موضوعى صرف لا دخل للقانون فيه . وإنما استحداث محكمة النقض تقسيم المحررات إلى ظاهرة وغامضة ، واقتصارها على رقابة المسخ فى تفسير المحررات الظاهرة هو الذى يصح أن يقال فيه إنه مخالف لنص المادة ١١٣٤ ، لأن هذه المادة — بنصها على أن لمحكمة الموضوع أن تفسر المشارطات على حسب الغرض الذى يظهر أن العاقدين قصدوه مهما كان المعنى اللغوى للألفاظ المستعملة فيها — تمنع من القول بأن من المشارطات ما يحرم مبدئياً الخوض فى تفسيره لوضوح معناه وأن منها ما يصح تفسيره لغموضه . هذا إلى أن غموض معنى المحرر وظهوره هما أمران نسبيان ، فقد يكون المحرر واضح المعنى عند قاض وخافيه عند آخر ، فإذا استباحت محكمة النقض رقابة المسخ فى تفسير المحررات الظاهرة المعنى فإنها بذلك تكون من ناحية قد فتحت لنفسها باباً من التحكم المكروه يجب أن تتنزه عن ولوجه ، ومن ناحية أخرى تكون قد قيدت سلطة قاضى الموضوع بقيد لا أساس لتقييده به . وقد انتهوا من هذا النقد إلى تحبيذ رجوع محكمة النقض إلى ما كانت تقضى به دائرة العرائض قبل سنة ١٨٧٠ وفق ما كان يراه الأفوكاتو العمومى بول فافر سنة ١٨٦٥ فى القضية السابق تلخيصها ، ومحصل أقواله فيها هو عدم تقييد قاضى الموضوع فى تأويل المحررات وعدم إخضاعه لرقابة محكمة النقض إلا فى صورتين اثنتين تتعلقان بتكييف العقد وتطبيقه ، أولاهما أن يتجاوز قاضى الموضوع حد التأويل فينصرف عن الأخذ بمعنى المحرر على الوجه الذى لا نزاع فيه بين طرفى الخصومة أو على الوجه الذى حدده هو للمحرر من طريق التأويل ، والثانية أن يخطىء قاضى الموضوع فى تكييف المحرر نفسه بما يجب أن يوصف به قانونا .

وبالجملة فإنهم يحبذون رجوع محكمة النقض إلى رأى مرلان ومذهب الدوائر المجتمعة على ما أوضحه حكمها الصادر فى سنة ١٨٠٨ السابق الذكر[١] .

ويذكر القارىء أننا قد أشرنا إلى بعض هذه الاعتراضات وإلى ما يقال فى دفعها عند كلامنا فى نظرية التفرقة بين الشروط الغامضة والشروط الواضحة ، إذ قلنا إن محكمة النقض لا تقصد مطلقا أن تعتل بظهور معنى المحرر لتحرم قاضى الموضوع من حقه فى تفسيره وتأويله ، لأنها لا تجهل أن الشرط الظاهر الذى يتبادر معناه للفهم بغير كدٍّ ولا تعمل قد يفتقر إلى تفسير يكشف عن غوامض نية المتعاقدين فيه ، كما قلنا إن كل الذى قصدته محكمة النقض من رقابتها على التفسير أن تلزم قاضى الموضوع ، إذا هو عدل عن المعنى الظاهر للمحرر إلى معنى آخر ، أن يضمّن حكمه الأسباب المعقولة المحتملة الصحة التى يكون قد اعتمد عليها فى هذا العدول ، وهى بهذا القدر لا يجوز أن يقال عنها إنها تتحكم فى التفرقة بين الشرط الظاهر والشرط الغامض أو إنها تقيد سلطة قاضى الموضوع فى التفسير بقيود لا أساس لها من القانون .

رأى المتأخرين : أما المتأخرون من أمثال جونوت[٢] Gounot وديريه Dereux[٣] ومورن Morin[٤] فإنهم لا يقصدون من نقدهم أن تترك محكمة النقض رقابتها على تفسير المحررات ، وإنما يقصدون توجيهها إلى تأسيس هذه الرقابة لا على أساس « المسخ والتحريف » بل على أساس آخر يقولون إنه

---

(١) مارتى فقرة ١٥٧ واقرأ فى رسالة جوجيه تلخيص آراء المتقدمين المعارضة لقضاء محكمة النقض (من ص ٢٥٩ إلى ص ٢٦٣) وجونوت (ص ١٧١ هامش ١) وبونسن (جـ ١ ص ٥٠٣) وتعليق لابيه على حكم ٥ فبراير سنة ١٨٧٣ (س ٨٧٣ — ١ — ٢٨٩) .

(٢) رسالة مبدأ سلطان الارادة فى القانون الخاص Le principe de l'autonomie de volonté (Dijon, 1912).

(٣) رسالة تفسير التصرفات القانونية De l'interprétation des actes juridiques en droit privé (Parie 1905).

(٤) رسالة القانون والعقد La loi et le contrat (1927).

أقرب إلى النظر الفقهى الصحيح[(١)] .

وهم فى شرح مذهبهم يبتدئون القول بنقد مذهب المتقدمين فيقولون إن هؤلاء قد أخطأوا المرمى فى محاولتهم حل جميع ما ينشأ من المسائل حول تطبيق العقود والمشارطات بالرجوع إلى مقصود العاقدين ، و بحسبك فى الاقتناع بخطئهم أن تلاحظ أنه كثيراً ما تكون المسألة المتنازع على حلها لم تخطر ببال العاقدين عند العقد . فيستحيل بذلك أن يكون فيها للعاقدين مقصود محقق يمكن الرجوع إليه فى حلها[(٢)] . و إذا اعترض بأنه لا مانع فى هــذه الصورة من انتحال هــذا المقصود على ما تهدى إليه ظروف الدعوى وأحوالها ، فالجواب أن هــذا المقصود المنتحل قد يكون بعيداً عن الصواب ، بل قد لا يكون هو الأغلب على الظن بل قد يكون مرجوحاً ، والراجح أن العاقدين ما كانا ليصلا إلى اتفاق ما فى المسألة المتنازع على حلها لو فرض خطورها على بالهما ؛ وكثيراً ما لوحظ أن غموض بعض الشروط يكون مقصوداً من العاقدين ، ليخفى كل منهما تحت ستاره نيته فى بعض أحكام العقد ، ويكون لكل منهما فى تأويل هذا الغموض وجهة خاصة يحتفظ بها فلا يبديها إلا حين نشوء النزاع بالفعل .

ثم يقولون إن مذهب المتقدمين القائم على تعرف مقصود العاقدين قد أخلدهم إلى اعتبار جميع ما ورد بالقانون من قواعد التفسير مجرد إرشادات ، لقاضى الموضوع أن يعمل بها وألا يعمل ، مع أنها أحكام تكليفية . وكيف يقال إن ما جاء بالفقرة الأولى من المادة ١١٣٤ من وجوب تنفيذ العقود بحسن النية ، وان ما جاء بالمادة ١١٣٥ من أن الاتفاقات لا تلزم عاقديها بمــا صرح به فيها فحسب بل كذلك بجميع نتائجها التى توجبهــا العدالة أو العرف أو نوع المشارطة — كيف يقال إن

---

(١) راجع فى الموازنة بين تفسير القوانين وتفسير العقود رسالة ماينو (Maynau) التى موضوعها : Les fictions de contrats dans le code civil et depuis le code civil

(٢) اقرأ بعض الأمثال فى ديريه ص ١١٧ وما بعدها وفى جونوت ص ١٧٧ وما بعدها

مثل هـذه القواعد هي مجرد إرشادات ، مع أن الظاهر منها أنه إذا خالفها القاضي في حكمه يكون مخالفاً للقانون .

و إذا ما انتهوا من نقد مذهب مخالفيهم قالوا إن لهم هم مذهباً آخر في تفسير المشارطات يقوم على أصلين اثنين : (الأول) أن كل ما كان فيه للعاقدين إرادة واحدة معروفة أو يمكن تعرفها ، فإنه يكون على القاضي احترام هذه الإرادة والأخذ بموجبها عملاً بإشارة المادتين ١١٣٤ ، ١١٥٦ من القانون المدني ، لأنه أقرب إلى التناصف والوفاء بالعهود ؛ و إذا حكم على مقتضى هذه الإرادة التي تبيّنها لا يكون حكمه في ذلك خاضعاً لرقابة محكمة النقض . و (الثاني) أنه متى لم يكن للعاقدين إرادة متحدة ظاهرة في المسألة المتنازع عليها لعدم خطورها على بالهما ، أو لأن إرادتيهما مشكوك فيها ، فعلى المحكمة السعي في حل المسألة بقواعد العدل والعرف[1] والمصلحة العامة ؛ و إن هي أخذت بهذه القواعد وأخطأت ، فإن خطأها لا يمكن اعتباره خطأ في التفسير ، بل يكون خطأ في تطبيق القانون[2] . ثم يقولون

(١) جونوت ص ١٨٠ وما بعدها وديريه ص ٤٢٠ وما بعدها .

(٢) ويقول الأستاذ السنهوري في كتابه « نظرية العقد » في نقد مذهب سلطان الإرادة : « والقاضي إذا فسر العقد لا يتوقع أن يجد المتعاقدين قد نظرا في كل شيء واتفقا عليه . فهو لا يستعين في الواقع بافتراض إرادة موهومة كما يدعي أنصار مبدأ سلطان الارادة بل هو يطبق قواعد العدالة بعد النظر في ظروف التعاقد ، ومن بين هذه الظروف إرادة المتعاقدين ، فلا يقتصر على تفسير الارادة كما هي بل يحورها التحوير الملائم للظروف الجديدة التي لم يكن يتوقعها المتعاقدان . ولا يخشى من تحكم القاضي إذا تركناه يطبق قواعد العدالة فيما لم يكن فيه إرادة للمتعاقدين أكثر مما يخشى هذا التحكم من جانبه إذا تركناه يفترض إرادة موهومة ويرتب عليها أحكاماً قد تكون عكس ما قصد إليه المتعاقدان (كما فعلت محكمة بوردو الاستئنافية في حكم ٤ فبراير سنة ١٩٠٧ (جازيت دى باليه ١٩٠٧ — ٢ — ٣١٣) فقد طلبت فتاة ترهبت — بعد أن حكم بحل جمعية الرهبان التي انتمت إليها طبقاً للقانون — باسترداد المال الذي قدمته مهراً عند ترهبها ، فقضت المحكمة برفض طلبها مستندة إلى أنه من غير المعقول أن تكون الفتاة قد وزنت ظروف حياتها الجديدة التي اعتمدت أن تخضع لها طول الحياة دون أن تكون وقفت على ما يلزمها ودون أن تكون قد عرفت أحكام قانون سنة ١٩٢٥ وهو الذي كان يتوقع به حل جمعيات الرهبان وسحب ما أعطى لها من الترخيص) . وإذا سلمنا للقاضي أن يفسر العقد تبعاً لما تقتضيه قواعد العدالة فإن آثار العقد لا تخضع إذاً خضوعاً تاماً لارادة المتعاقدين » (ص ١٠٥ و ١٠٦) =

بناء على هذين الأصلين ، إن سلطة قاضي الموضوع في تفسير المشارطات يجب أن تكون تامة لا رقابة عليها لمحكمة النقض ، متى قام التفسير على مقتضى إرادة العاقدين الواقعية la volonté commune rélle et connaissable . أما إذا لم تكن لهما نية واحدة أو تعارضت نيتاهما وتعين على القاضي حل المسألة المختلف عليها الحل القانوني العادل ، فعندئذ يخضع حكمه لرقابة محكمة النقض ، ذلك بأن بحث القاضي لا يكون عندئذ — على ما يقولون — عما تعلقت به إرادة العاقدين حلاً لتلك المسألة ، بل عما يجب أن يكون حكم القانون فيها [(١)] .

قالوا وإذ كان الأمر كذلك فلا حاجة في مذهبهم إلى تلك التفرقة بين الشروط الظاهرة والشروط الغامضة ، تلك التفرقة التي كان من آثارها أن اضطرت محكمة النقض — من جهة — إلى تغليب المعنى الحرفي للشروط على معناها العادي العادل [(٢)] le sens normal et équitable ، واضطرت من جهة أخرى إلى ترك رقابة التفسير فيما تراه هي أنه من الشروط الغامضة ، فتخلت بذلك عن رقابة تفسير كثير من الشروط المتداولة التي عم انتشارها واختلف في تفسيرها ومست الحاجة إلى جمع كلمة القضاء فيها على قول واحد [(٣)] .

ثم ينتهون من شرح مذهبهم إلى القول بوجوب عدول محكمة النقض عما استقر قضاؤها عليه وبوجوب العمل بتفرقتهم المتقدمة الذكر ، فتتخلى هذه المحكمة عن رقابة قاضي الموضوع في التفسير كلما كان غرضه حل المسألة المختلف

= وهو يستشهد بجونوت (ص٢١٣و٢١٥) وبما كتبه الأستاذ ريبير نقداً لحكم محكمة بوردو المتقدم الذكر حيث قال : « أيفرض القاضي للطرفين إرادة لم تجل في خاطرهما ويرسم لهما خططا لم يختاراها ويفكر عنهما في وقائع لم يعلما بها ، وهو في ظل تفسير إرادتيهما يفرض عليهما حلولا لا تنطبق لا على إرادتهما الحقيقية ولا على نصوص العقد الصريحة ولا على الغاية من التعاقد ، بل هي لا تدل إلا على مهارة القاضي في التخمين والحدس ؟ ! » (ص ١٠٦ بالهامش)

(١) جونوت ص ٢٢٠ و ٢٢١ .

(٢) ديريه ص ٩٩ ومارتي ص ٣٣٧ .

(٣) ديريه ص ٩٣ ومارتي ص ٣٣٧ هامش ٤ .

عليها من طريق البحث عن نية المتعاقدين ، وتمد هـذه الرقابة كلما خرجت هـذه النية عن بحثه وكان حله المسألة من طريق آخر ؛ ويقولون إن العمل بمذهبهم يمكّن محكمة النقض من بسط رقابتها على تفسير الشروط المتداولة وعقود الاذعان[1] التى لا يمكن القول فيهـا بأن لطرفى العقد نية واحدة يمكن تعرفها والتحسس عليها والأخذ بها فى حل المسألة المختلف على حلها ، فيتيسر لها بهذه الرقابة جمع كلمة القضاء فى التفسيرات المختلفة على قول واحد ؛ ثم انه من جهة أخرى يدفع ما يعترض به المعترضون من أنهـا ، بالتفرقة بين الشروط الظاهرة والشروط الغامضة و بالقول بالمسخ ، قد فتحت باباً من التحكم لا قبل لها بفتحه ولا المدخول منه إلى رقابة ما لا حق لها فى رقابته .

١٠٤ — ملاحظاتنا على قضاء محكمة النقض : والحق أن مذهب محكمة النقض الفرنسية فيما بسطته من رقابة على تفسير العقود والاتفاقات والمحررات ، و إن أعانها العون العظيم فى تقويم بعض الأحكام المعوجة ، لا يزال فى حاجة إلى إصلاح

(١) تشعبت الآراء فى تكييف عقود الاذعان (les contrats d'adhésion) . فمن رأى أنها وليدة الموجب لهـا وأن القبول فيها هو مجرد إذعان لا يصدر عن إرادة حرة ، اعتبرها مركزاً قانونياً منظماً ينظم مصلحة عامة لمجموع الأفراد الذين يخضعون لها ، ولهذا كان تفسيرها عندهم بمثابة تفسير القانون تراعى فيها مقتضيات العدالة وحسن النية وينظر فيه إلى الروابط الاقتصادية التى وضعت هى لتنظيمها . ومن أصحاب هذا الرأى سالى وديجى وهوريو ومستروجونوت ودالوت) . أما جمهور فقهاء القانون المدنى فيرون أنها عقود حقيقية تتم بتوافق إرادتين وتخضع للقواعد التى تخضع لها سائر العقود الأخرى وأن الشارع هو الذى عليه تنظيمها تنظيما تشريعيا لحماية الأفراد ، كما نظم الشارع الفرنسى عقد العمل وعقد النقل البرى وعقد التأمين (ومنهم كولان وكابيتان وبلانيول) . وإلى جانب الفريقين فريق ثالث يقسم عقـد الإذعان جزأين — جزءا يتناول عناصر العقد المهمة كالثمن ومقدار الشيء الذى يتعامل فيه وما إلى ذلك مما يتم عليـه التعاقد وتتوافق فيه إرادة العاقدين توافقاً جدياً ، والعقد فى هذا الجزء عقد حقيق يفسر على مقتضى نيـة المتعاقدين ، أما الجزء الثانى فهو الشروط التفصيلية التى لا تتناول أساس العقد وتكون فى الغالب مطبوعة ولا تتوافق عليها الإرادتان توافقاً حقيقياً ، وهـذا الجزء يفسره القاضى بما لا يخرج عن الشروط الأساسية التى تم عليها التعاقد ، ويكون التفسير حسب مقتضيات العدالة وفى حـدود حسن النية ، وإذا تناقض شرط أساسى مع شرط تفصيلى فالغلبة للشرط الأساسى (راجع السنهورى فى نظرية العقود فقرة ٢٨٢ ومابعدهاوهوامشها وبها المراجع) .

يقوم على أساس علمى مقبول تتمكن به من بسط رقابتها على نواح أُخَرَ لم تمد يدها إليها للآن . ألا تراها (أولاً) قد أنزلت الفقرة الثالثة من المادة ١١٣٤ ، والمادة ١١٣٥ ، والمادة ١١٥٦ وما بعدها من القانون المدنى عن منزلة الفروض والواجبات إلى منزلة السنن المندوبة التى لا يحاسب قاضى الموضوع على ترك العمل بها ، مع أنها لا فارق بينها و بين سائر القواعد المتعلقة بالإثبات التى وردت فى باب العقود والالتزامات وجاء بها التكليف فوجب العمل بها وحق الحساب على مخالفتها بغير مقتض آخر[1] . نعم إن ما يبدو على بعض أحكام تلك المواد من عدم الانضباط قد يسمح بالقول بأن الشارع إنما قد أخرجها مخرج المناهج والخطط directives لا مخرج القواعد التكليفية ، فيتعذر لذلك كثيراً ضبط ما يقع من مخالفاتها فى العمل . ولكن هذا لا يدعو محكمة النقض إلى الانصراف عن رقابة الأحكام المبنية على مخالفة ما يمكن انضباطه من تلك القواعد فى العمل ، كالقاعدة المنصوص عليها بالمادة ١١٥٧ من القانون المدنى وهى : إذا احتملت عبارات الشرط معنيين وجب حملها على المعنى الذى يكون لها به نتيجة قانونية ، و إذا احتملت معنيين لكل منهما نتيجة قانونية تعين الحمل على المعنى الذى تقتضيه طبيعة العقد[2 و 3 و 4] ،

---

(١) قد تابعت محكمة النقض فى هذا مذهب المتقدمين من أمثال توليبه ومرلن وكولمت دى سانتير ودومولب وهوك وبودرى (راجع أوبرى ورو ص ٥٦٨ هامش ١ وتكملته فى ص ٥٦٩ و ع . ف ٢٤ فبراير سنة ١٨٦٨ (د ٦٨ — ١ — ٣٠٨) و ع . ف ١٣ فبراير سنة ١٨٨٣ (س ٨٣ — ١ — ٤٦٦) و ع . ف ١٦ فبراير سنة ١٨٩٢ (٩٢ — ١ — ٢٤٨) و ٢٩ يناير سنة ١٩١٨ (١٨ — ٩١٨ — ١ — ٩) .

(٢) ديريه ص ٨٧ وما بعدها ، وجونوت من ص ٨٥ إلى ١١٨ ومن ص ١٨٠ إلى ١٩٢ ، وجينى ج ٢ ص ٣٤٢ من مؤلفه : Science et Téchnique en droit privé positif ومارتى ص ٣٤١ .

(٣) وأصل هذه القاعدة أن القاضى ينبغى أن ينزه العاقدين عن العبث ، فلا يسلم بأنهما تعمدا أن يكون اتفاقهما لغوا . فإذا رهن إنسان أرضه لآخر على أن يكون للمرتهن ريع الأرض فى مقابل الفوائد ، وعلى ألا يرد الأرض إلى الراهن إلا عند تسديد الدين ، فإن مثل هذا الشرط إذا فسر اعتباراً بأن العقد غاروقة فلا ينتج أثراً قانونياً ، ولكنه إذا فسر بأنه رهن حيازة أمكن للقاضى ألا يسمح للدائن المرتهن بفوائد أكثر من تسعة فى المائة من أصل الدين . =

ثم ألا ترى محكمة النقض من ناحية أخرى ، بينما هي تراقب المسخ في التفسير كلما كان الشرط الذى فسرته محكمة الموضوع ظاهراً ، وكان وجه التفسير الذى أخذت به غير محتمل ، وكان الحكم خالياً من الأسباب التي يمكن أن تعضد هذا الاحتمال ، إذا هي لا تراقب التفسير متى كانت عبارات الشرط قد شابها غموض أو إبهام أو تعمية ، وكانت تحتمل عدة معان ربما كان بعضها أولى من بعض . وقد نتج عن ذلك أنه إذا كان الشرط مما جرت العادة باشتراطه فى المعاملات وكان مما تتسع له وجوه تفسير متعددة ، واختلف الخصوم ومحاكم الاستئناف فيما ينبغي الأخذ به من هذه الوجوه ، فإن محكمة النقض تكون إزاءه ولا حول لها من رقابة على ما تصدره هذه المحاكم المختلفة من الأحكام المتناقضة فى المسألة الواحدة . وكثيراً ما وقع هذا الحرج فى العمل ، فقد اختلفت محاكم الاستئناف الفرنسية فى تفسير شرط من شروط عقد

= ومن أمثلتها أن يبيع الشخص عقاراً بيع وفاء ويشترط شرطا مبهماً يصح تأويله بأنه يقضى ببقاء العين تحت حيازته ، كما يصح تأويله تأويلا آخر لا يجعل للشرط فائدة ، فلا ينبغى الحمل على التأويل الأول لأنه يقلب البيع إلى رهن باطل (المادة ٣٣٩) من القانون المدنى . وكثيراً ما يقع أن يذكر المتعاقدان فى اتفاقهما عبارات لا ضرورة لها ، لأنها تقرر أحكاما توجبها القواعد العامة ، كأن يقرر البائع أنه ضامن للاستحقاق أو للعيوب الخفية ، أو أن العقد يكون مفسوخا إذا لم يقم المتعهد بتنفيذ إلزامه ، ولا يكون للمتعاقدين من ذكرها إلا مجرد تأكيد القواعد العامة ، وإذا صح ذلك فلا يعطى القاضى لهذه العبارات معنى جديداً .

(٤) راجع حكم ٢٥ مارس سنة ١٩٢٤ (س ٢٥ — ١ — ٣٤٥) وقد صدر برفض الطعن فى القضية الآتية : كتب رجل فى وصيته أن رغبته الأخيرة تنحصر فى أن يترك ما عسى أن يرثه عن ابنه فلان لابن أخيه ، على أن يقوم هذا بتعهده وخدمته مدة حياته ، فقام النزاع على تفسير هذا العقد ، وقد أبطلته محكمة الموضوع إذ لم تره وصية مضافة إلى ما بعد الموت تطبيقاً للمادة ٨٩٥ من القانون المدنى ، بل رأته هبة منجزة باطلة تطبيقاً للمادة ٨٩٦ من هذا القانون . ذلك لأنها لاحظت أن ولد الواهب — من جهة — كان عند الهبة فى الاحتضار وقد مات بعد تحرير العقد بستة أيام ، وأن العقد من جهة أخرى يتضمن الايجاب على الموهوب له بخدمة الواهب والعناية به مدة حياته ، فترجح لديها أن التصرف كان فى واقع الأمر هبة منجزة من الواهب لابن أخيه فيما سيؤول إليه من ميراث ولده وهو فى الاحتضار . وقد علق الأستاذ سيمونيت Simonet بجامعة نانسى على هذا الحكم فأورد مذهب محكمة النقض فى تخليها عن رقابة تفسير العقد وآراء الفقهاء الحديثين فيه من أمثال چينى وجونوت وديريه من رجائهم جميعاً فى أن تمد محكمة النقض رقابتها على مخالفة قواعد التفسير وخاصة على القاعدة المنصوص عليها بالمادة ١١٥٧ فى مثل صورة الدعوى التى صدر فيها حكم النقض .

وضعته شركة من شركات التأمين وألزمت به نفسها وعملاءها المختلفين ، فقضت كل منها فيما بين يديها من الدعاوى على مقتضى وجه التفسير الذى رأته هى محتملاً ومقبولاً ، ومع ذلك فإن محكمة النقض قد رفضت الطعون التى قدمت لها عن تلك الأحكام وبنت رفضها على أن الشرط المختلف على تفسيره لم يكن نصاً قانونياً من جهة ، ولم يكن ظاهراً من جهة أخرى[1] . وكذلك لما اختلفت تلك المحاكم فى تفسير شرط من شروط عقود المقاولات المحررة على النماذج الموضوعة لها[2] ، وفى تفسير شرط آخر من شروط عقد شركة من شركات المساهمة تتعلق بطريقة استهلاك سنداتها[3] ، وفى تفسير الشرط القاضى بعدم جواز تأجير المستأجر من باطنه إلا بإذن من المؤجِّر[4] — لما اختلفت محاكم الاستئناف فى وجوه تفسير هذه الشروط رأينا محكمة النقض تبتعد عن رقابة وجوه التفسير المختلفة لاعتماد أصحها .

وقد أحست محكمة النقض الفرنسية فى هذه السنوات الأخيرة بقصور مذهبها

(١) ع . ف ٢٦ فبراير سنة ١٨٧٣ (س ٧٣ — ١ — ٩٧) و ع . ف ١٢ فبراير سنة ١٨٤٤ (س ٤٤ — ١ — ٢٢١) و ع . ف ١٠ نوفمبر سنة ١٨٧٩ (د ٨٠ — ١ — ١٧٥) قارن هذه الأحكام التى رفضت بها محكمة النقض الطعن فى أحكام كانت أخذت بوجهة تفسير خاصة بهذا الشرط ، بأحكامها الأخر التى أصدرتها فى ١٢ فبراير سنة ١٨٧٧ (د ٧٧ — ١ — ٣٤٤) التى رفضت بها الطعن المبنى على خطأ الحكم فى أخذه بوجه تفسير آخر ، ثم بحكم محكمة أميان فى ٤ أغسطس سنة ١٨٩٥ (س ٩٧ — ٢ — ١٥٩) الذى أخذ بالتفسير المخالف .

(٢) ع . ف ١٣ يوليه ١٨٨٦ (د ٨٧ — ١ — ٢٧٧) واقرأ فى التعليق الأحكام التى أصدرتها دائرة العرائض والدائرة المدنيــة فى التقرير بأن سلطة قاضى الموضوع فى الأخذ بهذه التفسيرات المختلفة سلطة تامة .

(٣) ن . ف ٢١ أبريل سنة ١٨٩٦ (س ٩٧ — ١ — ٤٨١) ، وراجع فى تعليق الأستاذ Chavegrin الأحكام الصادرة باعتماد وجوه تفسير مختلفة للشرط المختلف على تفسيره وانظر جونوت ص ٤٢ وهامش ١ وحكم ٢٨ يناير سـنة ١٩٠٧ (د ٩١٠ — ١ — ٩٢) واقرأ مرافعة الأفوكاتو العمومى بودوان Baudoin التى طلب بها — بعد أن عرض على المحكمة وجوه التفسير المتناقضة — قبول الطعن المبنى على مخالفة الحكم لقاعدة التفسير المنصوص عليها بالمادة ١١٥٣ من القانون المدنى .

(٤) ن . ف ٢٤ مارس سـنة ١٩٠٨ (د ٩٠٨ — ١ — ٢٤٠) و ع . ف ٣١ أكتوبر سـنة ١٩٢٤ (س ٩٢٤ — ١ — ٥٧) وتعليق الأستاذ بول أسمن وفيه بيان وجوه التفسير المختلفة التى أخذت بها محاكم الاستئناف فى الشرط الواحد بعينه .

فى رقابة المسخ فى المحررات عن تناول ماينبغى لها أن تراقبه من الأحكام ، فأخذت تقبل الطعون المبنية على الخطأ فى تفسير بوالص التأمين وأنظمة الشركات ولوائح المصانع les status des sociétés, les règlements d'ateliers وغير ذلك وتقلل أحكامها الناقضة بأن محكمة الموضوع قد مسخت الشرط الذى فسرته باعطائه معنى غير معناه الظاهر ، وذلك بالرغم من صلاحية حمل المحرر على المعنى الذى فسر به واشتمال الحكم المطعون فيه على الأسباب الكافية التى تعضد هذا الحمل . وفى ذلك العدول وفى هـذا التعليل انحراف ظاهر كما يقول مارتى[1] وديريه[2] . وقد عللت محكمة النقض أحكاماً أخر بأن عبارة الشرط الذى فسرته محكمة الموضوع هى من العبارات التى اصطلح القانون على استعمالها فى معنى معروف يصح أن تلتزمه محكمة الموضوع وأن تلزمها هى الأخذ به[3]

ونحن نظن أن محكمة النقض لا تستطيع بهذه المسكنات التى تعالج بها قصور نظرية المسخ أن تقوم برقابة التفسير رقابة تستطيع بها جمع كلمة القضاء على قول واحد فيما اختلف فيـه أو كان بغرضية الاختلاف على تفسيره من المحررات والعقود[4] . بل لا بد فى الحق من إقامة هذه الرقابة على أساس آخر من النظر يمكن محكمة النقض من مد رقابتها فى التفسير إلى أقصى الحدود الممكنة التى تسمح بها طبيعة وظائفها القانونية .

ولعل الصواب هو فى الموازنة بين أصلين متعارضين يتقاسمان باب التفسير كله ، ثم فى الأخذ بأيهما تكون له الغلبة على الآخر عند الاقتضاء : أما الأصلان فأولها

(١) مارتى ص ٣٤٤ .
(٢) ديريه ص ١٢١ ، ١٢٢ .
(٣) ن . ف ١٩ يونية سنة ١٩٠٠ (س ٩٠٤ — ١ — ٢٢٥) وتعليق الأستاذ بلوندل Blondel . وقد كان الحكم المطعون فيـه جائرا للغاية ، وكان يترتب على رفض الطعن فيه على أساس أن سلطة قاضى الموضوع فى التفسير تامة أن يبقى الحكم على جوره ، فاضطرت محكمة النقض إلى تفسير الشرط المختلف على تفسيره بما يحقق العدل فى القضية ونقضت الحكم المطعون فيه على هذا الأساس (مارتى ص ٣٤٤ هامش ٢) .
(٤) جونوث ص ٢٢٦ ، ٢٢٧ .

يتعلق بالاتفاق ، أيعتبر أنه قانون العاقدين على الحقيقة أم لا يعتبر ؟ والثانى يتعلق بوظائف محكمة النقض ، أتكون لهذه المحكمة الرقابة على تفسير الاتفاق ، كما كان لها الرقابة على تفسير القانون أم لا تكون لها هذه الرقابة ؟

والأصل الأول مبنى على حرية الإرادة فى العقود . وقد صيغ فى الفقه الإسلامى بهذه العبارة « شرط العاقد كنص الشارع فى الفهم والدلالة ووجوب العمل به » ونظمه الشارع الفرنسى بقوله فى المادة ١١٣٤ إن العقد الصحيح يقوم بين عاقديه مقام القانون . فالعقد على الحقيقة هو قانون العاقدين . وإذا اعتبرنا هذا الأصل على إطلاقه صح القول بأن أية مخالفة فى حكم مّا لأية قاعدة من قواعد العقد تصلح لأن تكون سبباً للطعن فيه بطريق النقض .

والأصل الثانى مبناه أنه إذا كان من وظائف محكمة النقض أن تتولى تفسير القواعد القانونية التى تتناول بعمومها وإطلاقها ما لا حصر له من الحوادث المتميزة بعضها عن بعض ، فإنه ليس لها أن تتدخل فى تفسير العقود والاتفاقات المختلفة المنوعة . ذلك لأن كل عقد منها لا يتهمم معناه إلا عاقداه ، وإذا افتقرت ألفاظه وعباراته إلى تفسير فليس إلى تفسير لغوى أو منطقى فحسب ، بل إلى تفسير يرجع فيه إلى مقصود العاقدين ، وكثيراً ما يضطر قاضى الموضوع فى تفهم هذا المقصود إلى البحث فى ظروف أحوال متعددة وملابسات شتى مختلفة ، وكل ذلك متغير فى دعوى ودعوى وبالنسبة لعاقدين وعاقدين آخرين .

وهذا التعارض بين الأصلين لا يقتضى فى النظر تغليب الأصل الثانى المتعلق بوظائف محكمة النقض على الأصل الأول المتقدم الذكر بإطلاق ؛ إنما قد يصح تغليبه عليه فى العقود التى لا مصلحة لغير عاقديها فى أن يكون تفسيرها بحسب نية المتعاقدين على وجه دون آخر .

ويصح تغليب الأصل الأول على الأصل الثانى فى الأحوال الآتية :

(أولاً) متى انتفى أن يكون للعاقدين مقصود ما فى المسألة المختلف على

حلها لعدم خطورها على بال العاقدين حين العقـد ، أو متى استحال تعرف هذا المقصود والاهتداء إليه ، وأخذ القاضى فى حل المسألة بمقتضى القواعد القانونية ، فإن المسألة تصبح إذن من مسائل تطبيق القانون ، يجب أن يخضع حكم القاضى فيها لرقابة محكمة النقض — وهذا هو مقتضى مذهب المتأخرين من الفقهاء . أما إذا أخذ (فى هذه الصور) فى تفسير العقد على مقتضى العرف والعـدل فإننا نشك كثيراً فى أن المسألة تصبح من مسائل تطبيق القانون كما قال هؤلاء[1] ، وذلك لأننا بيّنا فى الفصل الذى عقـدناه للمراد من « كلمة القانون » أننا لا نرى أن تراقب محكمة النقض قاضى الموضوع فيما يراه من وجوه تفسير العرف (فضلا عن التثبت من قيام العرف وعدم قيامه) ولأن محكمة النقض لا تستطيع الرقابة على عدالة الحل الذى اعتمده قاضى الدعوى وعدم عدالته ، إلا إذا أحيطت علماً بجميع ظروف الدعوى وأحوالها وتدخلت فى الموضوع وهو محرم عليها . على أنه إذا كانت ظروف الأحوال المتعلقة بتفسير العقد من البساطة والتميز والظهور بحيث يجوز تكرارها فى الوجود وتمس الحاجة إلى معرفة وجه التفسير العادل الذى يمكن اطراد الأخذ به فيما ماثل الدعوى القائمة ، فقد نستصوب مع هؤلاء الفقهاء المتأخرين رفع الأمر فى تفسير هذا الشرط المتكرر لمحكمة النقض لجمع كلمة القضاء على وجه واحد فيـه . وهذا الاستصواب لا يدل إلا على أن مذهبهم قد أصاب الحق فى بعض نواحيه ، أما فى تقريره رقابة محكمة النقض فى جميع الأحوال التى لا يتعلق التفسير فيها بالبحث عن نية المتعاقدين ، ففيه من المغالاة ما لا تستطيع اتباعه والجرى عليه .

(ثانياً) و إذا كان العقد من تلك العقود التى يضع قواعدها عادة أحد العاقدين و يلزم بها عملاءه الكثيرين فيلتزمونها على صورة واحدة كعقود التأمين وشركات المساهمة ولوائح العمل فى دور الصناعة وقوائم المزادات والمناقصات وغير

(١) جونوت ص ٢٢٥ ، ٢٢٦

ذلك من عقود الإذعان (contrats d' adhésion) وعقود الجماعة (contrats collectifs) وعقد العمل الجامع (contrat collectif de travail) التى ينتفى فيها توافق إرادة طرفى العقد على معنى واحد للعبارة المختلف على تفسيرها منه . نقول إذا كان العقد من هذا النوع من العقود فإن تعدد المنازعات التى تقوم على تفسير قواعده الأساسية أمام المحاكم المختلفة بين واضعه و بين العملاء المتعددين ، واحتمال الاختلاف فى وجوه التفسير التى تأخذ بها هذه المحاكم ، وما يعود على الناس من النفع عند تحديد وجه التفسير الصالح لأن يكون قاعدة يؤخذ بها فى كافة القضايا المماثلة ، كل هذا وما إليه هو الذى يجعلنا من أنصار مد الرقابة على التفسير فى هذه العقود ، جمعاً لكلمة المحاكم فيه على قول واحد . ومحكمة النقض إذ تقوم بهذه الرقابة تعطى التفسير الصحيح للشرط المختلف على تفسيره باعتباره نصاً مجرداً عن ظروف الدعاوى وأحوالها ، كما تفسر نصوص القانون .

(ثالثاً) وإذا كان الشرط المختلف على تفسيره من الشروط التى شاع استعمالها وإدماجها فى العقود العادية (Clauses notariales) وعقود الإجارة المطبوعة ، فإن احتمال أن يكون للعاقدين فى كل منها مقصود محقق يجوز أن تكون محكمة الموضوع قد رجعت إليه فى التفسير على مقتضاه ، هو الذى يشككنا فى القول بصفة عامة بخضوع محكمة الموضوع فى هذا التفسير لرقابة محكمة النقض . لكننا مع ذلك نرجو أن تنتهز محكمة النقض كل فرصة يكون فيها قاضى الموضوع قد فسر الشرط المختلف على تفسيره باعتباره نصاً مجرداً عن جميع ظروف الدعوى وملابساتها فتتقدم هى لحسم الخلاف بتفسير الشرط على الوجه الذى تراه أولى بالحمل وأدنى إلى التناصف .

وأنت ترى أننا قد أوسعنا ميدان الرقابة فى التفسير حتى امتد إلى نواح لم تبسط عليها محكمة النقض الفرنسية رقابتها إلى الآن ، وأقمنا هذه الرقابة على تغليب أحد الأصلين المتقدمى الذكر على الآخر فيما يصح تغليبه فيه على مقتضى النظر

الفقهى ، وماشينا المتأخرين من الفقهاء ما استطعنا مماشاتهم فيه مما كانت محكمة النقض لا تستطيع الوصول إليه فى حدود مراقبة المسخ المتقدمة الذكر ، وتركنا لقاضى الموضوع سلطته التامة فى التفسير فيما عدا ذلك ، واستبقينا رقابة المسخ فى المحررات الظاهرة على ما هى الآن منحصرة فى مطالعة العقد المختلف على تفسيره والعلم بمعناه المتبادر للفهم وفى مطالعة أسباب الحكم المطعون فيه لمعرفة ما إذا كان لعدول قاضى الدعوى عن هذا المعنى إلى غيره اعتبارات كافيـة معقولة لتعضيد الحمل عليـه ، فان كان الحكم خالياً من ذلك نقض لعدم قيامه على الأسباب الكافية التى يجب أن يشتمل عليها و إلا أبرم الحكم ، وأقمنا مراقبة المسخ هذه على نص المـادة ١١٣ من قانون المرافعات .

هذه هى حدود الرقابة التى نريد أن تبلغها محكمة النقض فى فرنسا وفى مصر حتى يتحقق حسن سير العدالة بتوحيد القضاء .

المطلب الثانى — فى تكييف العقود والمحررات والأحوال القانونية

١٠٥ — إن الناس يخرجون تصرفاتهم — فى الأعم الأغلب — على صور البيع والإجارة والرهن والشركة والكفالة وغير ذلك من العقود المسماة التى أحكم القـانون حدودها وقواعدها وخواصها . وهم قد يذكرون فى اتفاقاتهم ما يكونون قد تراضوا عليه ، وقد يفوتهم هـذا الذكر ؛ ولا شك فى أنهم إذا تنازعوا فى أمر إلى المحكمة فعليها أن تردّ فهم الواقع فى الدعاوى إلى ما تراضوا عليه فتحكم بينهم على موجبه بعد تفسيره . فإن لم تر حكم المسألة المختلف عليها صريحاً فى الاتفاق تحسست ما عسى أن يكون الحكم حسبما يقتضيـه مقصود العاقدين ، فإن لم تستطعه تعين عليها إدخال العقـد فى عموم نوعه ثم ردّ فهم الواقع فى الدعوى إلى النص القانونى المناسب له فى الباب الخاص بهذا النوع

من العقود ، فتقول مثلا إن العقد هو عقد بيع والحاصل فى المسألة المتنازع على حكمها هو كذا وحكمها فى باب البيع كذا ، فيجب أن يكون الحكم فى الدعوى كذا . وإدخال العقد فى متناول نوعه تسميته باسمه وتحصيل ما لهذا الاسم من الأحكام القانونية هو ما اصطلح على تسميته باسم تكييف العقد بكيفه القانونى (la qualifiction légale du contrat) . وظاهر أن تكييف العقد الفرد بإدخاله فى عموم نوعه لا يتم إلا بالمطابقة بين العقدين عنصراً عنصراً وركناً وركناً . وإذ كانت أركان نوع العقد معروفة قانوناً فمطابقتها بأركان عقد بخصوصه تصبح اجتهاداً فى القانون على ما سبق شرحه فى تكييف فهم الواقع فى الدعوى بحكم القانون .

وينتج من ذلك أن تكييف العقد بحكم القانون هو اجتهاد فى القانون يجب أن يخضع فيه قاضى الدعوى لرقابة محكمة النقض .

١٠٦ — والرقابة على تكييف العقود لم تكن فى عهد من العهود محل خلاف . فقد كان مرلان — على تشدده فى عدم الاعتراف بأية سلطة لمحكمة النقض فى الرقابة على تفسير العقود — يعترف لهذه المحكمة بحقها فى رقابة التكييف ، متى كان وراء العقد المدعى بوقوع المخالفة لأحكامه فى الحكم المطعون فيه ، قانون يبين جوهره وخواصه[1] (lorsque, disait-il, il existe une loi qui détermine l'essence du contrat violé.)

وكذلك لم تتخل محكمة النقض الفرنسية عن القيام بهذه الرقابة حتى فى ذلك العهد الذى كانت تعترف فيه لقاضى الموضوع بالسلطة الواسعة فى تفسير العقود . اعتبر فى ذلك بحكمها الذى أصدرته دوائرها المجتمعة فى ٢٦ يوليه سنة ١٨٣٣[2] ، فقد قالت فيه إنها تخل بالغرض المقصود من إنشائها إذا هى امتنعت عن القضاء

(١) ربرتوار مرلان تحت كلمة « شركة » (Seet. 2 Parag. 2 No. 2) .

(٢) ربرتوار دالوز فقرة ١٦٢٨ وجوجيه ص ٢٢٩ .

بنقض الأحكام التى تعطى التصرفات والعقود وصفاً غير وصفها الحق بإدخالها تحت نوع من العقود لا يتناولها بعمومه ، وإخضاعها لأحكامه . ثم بحكمها الذى قالت فيه : « وحيث إن محكمة النقض تختص بإعطاء التصرفات القانونية ، التى يكون قاضى الدعوى قد أثبت عناصرها فى حكمه ، وصفها القانونى الحق ؛ وحيث إنه قد اتضح لها من بيانات الحكم المطعون فيه أن ما كان من الطرفين من اتفاق على مبيع وثمن إنما هو بيع »[(١)] .

وفى الحق أن مسألة التكييف التى يكون على محكمة النقض حلها هى : ما الذى أجراه قاضى الموضوع بعد تحصيل فهم الواقع فى الدعوى ؟ وهل النتيجة التى حصّلها من هذا الواقع تخالف ما كان ينبغى استنتاجه منها لو أخذ فيها بحكم القانون مما جاء به من تحديد طبيعة عناصر هذا الواقع وتعيين وصفه القانونى أو من تقرير ما يترتب على وجود هذه العناصر من آثار وأحكام قانونية ؟ والمسألة بهذا الوضع لاشك فى أنها مسألة قانونية ينبغى أن يخضع فيها رأى القاضى لمحكمة النقض[(٢)] .

١٠٧ — ولأن تكييف العقد مسألة قانونية صح القول بأن قاضى الدعوى لا يتقيد فيها برأى العاقدين ولا بما رتباه على تكييفهما من آثاره القانونية[(٣)] . ذلك لأنهما قد يخطئان فى التكييف إما جهلاً أو عمداً ، والعمد قد يكون لإخفاء غرض غير مشروع أو لغرض يريده المتصرف فى واقع الأمر ، كَرِبا فاحش يسترانه

---

(١) ن . ف ٧ يوليه سنة ١٩٢٤ (دالوز الأسبوعية سنة ١٩٢٤ ص ٦١٨) وأحكاماً كثيرة أوردها تالمون بهامش ١ ص ٥٨ أولها ن . ف ٤ يونيه سنة ١٨٤٩ (د ٤٩ — ١ — ٣٠٧) و ٢٢ نوفمبر سنة ١٨٥٤ (د ٥٤ — ١ — ٤٢١) ، و ٢٣ فبراير سنة ١٨٦٨ (د ٦٩ — ١ — ١٩٦) ، و ٢٩ مايو سنة ١٨٧٦ (س ٧٦ — ١ — ٣٥١) و ع . ن ١١ يناير سنة ١٨٩٢ (د ٩٣ — ١ — ٦٥) وآخرها ١٣ يناير سنة ١٩٠٣ (د ٩٠٣ — ١ — ١٢٢) .

(٢) فاى ص ١٧٣ وهامش ٢٠ ون . ف . ١٥ يناير سنة ١٨٧٣ (د ٧٣ — ١ — ١٨٠)

(٣) جوجييه ص ٦٦ وما بعدها والسنهورى ص ٩٢٨ و ٩٢٩ وهوامشهما ، وبهذه الهوامش الأحكام الأهلية والمختلطة المقررة للقاعدة .

تحت اسم إيجار أو بيع ، وكرهن حيازة تحت بيع وفاء ، وكشركة محاصة هي في الواقع قرض . وكثيراً ما يستر الموصى وصيته تحت اسم عقد آخر .

فعلى قاضي الدعوى أن يتبين نية المتصرف ما هي ؟ ثم يكيفها التكييف الصحيح ، ثم ينزل الحكم في الدعوى على مقتضى هذا التكييف ، ويجب أن يكون رأيه في هذا التكييف خاضعاً لرقابة محكمة النقض . فإذا ظهر مثلا أن لمتصرف كان يريد إضافة التمليك بطريق التبرع إلى ما بعد الموت ، وسمى تصرفه مع ذلك بيعاً ، فإن على القاضي أن يعطي هذه الإرادة وصفها الحق ويعتبر العقد وصية ، ويكون لمحكمة النقض الرقابة عليه في ذلك .

١٠٨ — وقضاء محكمة النقض في ذلك مستفيض في موسوعات الأحكام . من ذلك قضاؤها بأن من اختصاصها التثبت مما إذا كان العقد الذي وصف بأنه بيع لم يكن في الواقع إلا رهناً تأمينيا ، ومما إذا كان العقد قسمة مقررة للملك أو لم يكن إلا بيعاً صادراً من أحد الورثة في نصيبه الشائع لشريكه في الإرث[١] ، وما إذا كان العقد وكالة أو حوالة [٢] ، وهل ما لم ير فيه قاضي الموضوع اعترافاً قضائيا هو في الواقع عقد صلح حاسم أم لا[٣] ، وهل ما وصف بأنه هبة منجزة هو وصية أم لا [٤] .

على أنك قد ترى — مع ذلك — في كثير من أحكام دائرة العرائض ما يوهمك أن لهذه الدائرة مذهباً آخر في تكييف العقود والاتفاقات ينحصر في ترك الأمر كله لقاضي الموضوع كحكم ٢٥ يوليه سنة ١٨٨٨[٥] ، الذي تقول فيه : إن لقاضي الموضوع بحث طبيعة الاتفاق وتحديده ، وكحكم ١٧ مايو سنة

---

(١) فاى ص ١٧٤ و ن . ف ٢٢ نوفمبر سنة ١٨٥٤ (د ٥٤ — ١ — ٤٢١) .
(٢) ٢٣ فبراير سنة ١٨٦٩ (د ٦٩ — ١ — ١٩٦) .
(٣) فاى ص ١٧٤ و ١١ نوفمبر سنة ١٨٨٤ (د ٨٥ — ١ — ١١٦) .
(٤) ٦ مايو سنة ١٨٩١ (د ٩١ — ١ — ١٧٧) .
(٥) ٢٥ يوليه سنة ١٨٨٨ (س ٩٠ — ١ — ١٦٤) .

١٩٠٩[1] ، الذى تقول فيه إنه لا معقب على حكم محكمة الاستئناف إذا قضت ، بناء على ما تبين لها من نصوص الاتفاق ، بأنه عقد بيع وارد على حق فى تركة ؛ وكحكم أول مايو سنة ١٩١٢ الذى تقول فيه إن لمحكمة الاستئناف أن تفصل نهائيا فيما إذا كان العقد المتنازع على وصفه هو عقد بيع أو هبة[2] ؛ وكحكم ٢٠ يونية سنة ١٩٢٢ الذى تقول فيه إن لقاضى الموضوع الحق فى اعتبار ما إذا كان العقد الخاص بنقل الأمتعة المنقولة هو عقد استئجار للعربة المعدة للنقل أو هو عقد نقل حقيقى[3] .

والحق أن هـذه الأحكام وأمثالها — لصدورها من دائرة العرائض برفض الطعون ولكونها موجزة الأسباب — يمكن حملها على أن محكمة النقض قد راعت ظروف القضايا التى صدرت فيها تلك الأحكام ولاحظت أن محكمة الموضوع قد أخذت فى تكييف العقود بما اتضح لها أنه هو مقصود العاقدين ، فاختلط عندها تفسير العقد بتكييفه ولذلك جعلت رأى قاضى الموضوع فيها غير خاضع لرقابتها . يدلك على صحة هذا الحمل ما تراه فى بعض أسباب تلك الأحكام كحكم ١٧ مايو سنة ١٩٠٩ السابق الذكر الذى جاء فيه أن محكمة الاستئناف قد رجعت إلى مقصود العاقدين فتبينت منه أن الاتفاق كان بيعاً لحق فى تركة ، وقد تقرأ مثل هذا فى بعض أحكام الدائرة المدنية كحكم ٢٧ يونيه سنة ١٩١٧ الذى جاء فيه أن لمحكمة الموضوع ، عند غموض العقد وتناقض بعض شروطه مع بعضها الآخر ، أن ترجع فى تفسيره وكشف غامضه إلى مقصود العاقدين ، فإذا قضت على مقتضى هذا التفسير بأن الإبراء الحاصل للمدين هو استيفاء للدين لا استبراء منه بهبة فلا يكون قضاؤها فى ذلك خاضعاً لرقابة محكمة النقض[4] .

---

(١) ١٧ مايو سنة ١٩٠٩ (د ٩١٠ — ١ — ١٨٩) .

(٢) أول مايو سنة ١٩١٢ (د ٩١٣ — ١ — ٢٩٧) .

(٣) ٢٠ يونيه سنة ١٩٢٢ (د ٩٢٣ — ١ — ١٨٦) .

(٤) ٢٧ يونيه سنة ١٩١٧ (د ٩١٧ — ١ — ١٢٩) وقد استشهد به تالون فى ص ٦١

ولا يدل مثل هـذا التسبيب إلا على أن محكمة النقض تتأمل ما جرى عليه قاضى الموضوع فى التكييف ، فإن رأت أنه قد جرى فيه على مقتضى ما استخلصه من نية العاقدين فإنها تنصرف عن رقابته ، إلا إذا اشتط فى تفسير العقد وانحرف به عما تقتضيه طبيعته وجوهره وأدخله فى متناول نوع من العقود هو أجنبى[1] عنها فإنها حينئذ تنقض الحكم . أما إذا رأت أنه قد جرى فى التكييف مجرى الاجتهاد فى القانون فإنها تعكف على مدارسة حكمه فتبرمه إذا صح وتنقضه إذا أخطأ .

١٠٩ — رأى محكمة النقض المصرية : ومحكمتنا تفرق بين الخطأ فى التفسير والخطأ فى التكييف ، فتعتبر أولهما خطأ واقعيا لاشأن لها فى رقابته (بالقيود المتقدمة الذكر) ، وتعتبر الثانى منهما خطأ فى القانون تبسط رقابتها عليه لهذا الاعتبار . ولها فى ذلك أحكام تعلو فى وضوحها على أحكام محكمة النقض الفرنسية ، فقد قررت فى حكم أصدرته فى ٢ مارس سنة ١٩٣٣ : إن من حق محكمة النقض أن تشرف على محكمة الموضوع فيما تعطيه من الأوصاف والتكييف القانونى لما تثبته فى حكمها من الوقائع ، وذلك لتعرف ما إذا كان هـذا التكييف قد جاء موافقاً للقانون أو مخالفاً له ، كما أن من حقها أن تراقب ما إذا كانت محكمة الموضوع قد أغفلت الأخذ بالنصوص الواردة بالمستندات المقدمة لهـا وكان لها تأثير فى مصير الدعوى ؛ فإذا ادعى بائع قطعة من الأرض لزوجته بعقد مسجل بثمن معين أقر بقبضه ، أن هـذا البيع هو فى الحقيقة وصية ، واستدل على ذلك بإقرار قدمه صادر له من المشـترية تبيح له فيه الانتفاع بالعين مدة حياته وتصرح فيه بأنه فى حال وفاتها قبله تعود ملكية القدر المبيع إليه ، وتمسكت هى فى دفع هذه الدعوى بورقة صادرة من البائع بعد تاريخ الإقرار الصادر منها بمدة طويلة يتنازل لها فيها عن ريع الأرض المبيعة ، واعتبرت المحكمة هـذا التنازل ملغياً للقيد المتعلق بالملكية الوارد فى إقرار المشترية ومتمما لعقد البيع بجميع أركانه ،

(١) هذه العبارة كثيراً ما وردت فى أحكام محكمة النقض الفرنسية .

زعما بأنه بعد هذا التنازل تكون قد تملت ملكية الرقبة والمنفعة معاً إلى المشترية ، فهذا الاعتبار لايمكن حسبانه تفسيراً لعقد البيع ولا لإقرار المشترية أو تنازل البائع وإنما هو وصف وتكييف للعقد أغفلت المحكمة فيه عنصراً هامًا هو ما نص عليه فى إقرار المشترية من عودة الملكية إلى البائع إذا ما توفيت هى قبله ويكون لمحكمة النقض أن تصحح تكييف هذا العقد على موجب قيام هذا العنصر الذى لاخلاف على ثبوته ولا على دلالته فتعتبره وصية لا بيعاً صحيحاً [(١)] .

وقررت فى حكم آخر أصدرته فى ٢٢ يونيه سنة ١٩٣٣ : إنه وإن كان لمحكمة الموضوع كامل السلطة فى تفسير العقود التى تطرح أمامها واستخلاص قصد العاقدين منها إلا أن تكييفها لهذه العقود وتطبيق نصوص القانون عليها يكونان خاضعين لرقابة محكمة النقض ؛ فإذا تعاقد تاجران على الاتجار فى القطن لمدة محدودة بشروط هى أن رأس المال يدفع أحدهما ثلثيه والثلث الباقى يدفعه الآخر الذى يكون عهدة النقدية والمسئول وحده عن رأس المال والمتولى القيام بالعمل من شراء وبيع وتخزين وحلج ويساعده الأول طبقاً لتعليماته هو ، وأن الربح يقسم بنسبة الثلث لصاحب الحصة الكبرى نظير فوائد مبلغه وأجرة عمله ، والثلثين للثانى نظير خبرته ورأس ماله ، وأن صاحب الحصة الكبرى لايتحمل شيئاً فى الخسارة بل يرد إليه نصيبه فى رأس المال ، ثم نص فى هذا العقد على « أنه معتبر بصفة اتفاق عن عمل معين ، فشروط الشركة التجارية غير منطبقة عليه » ، كان هذا العقد بالرغم من اشتماله على هذا النص هو عقد شركة باطلة وفقاً لنص المادة ٤٣٤ من القانون المدنى وليس عقد استخدام وقرض بفائدة ، لأن صاحب الحصة الكبرى فى رأس المال لم يساهم فى الشركة بعمل فنى ولأن شريكه هو — بمقتضى عقد الاتفاق — القائم بالعمل كله [(٢)] .

---

(١) ٢ مارس سنة ١٩٣٣ (مجلة القانون والاقتصاد سنة ٣ رقم ١٠٣ ص ٩٥ والمحاماة س ١٣ رقم ٤٩٠ ص ٩٩٢) .

(٢) ٢٢ يونيه سنة ١٩٣٣ (القانون والاقتصاد سنة ٣ رقم ١٣٠ ص ١٢٧ والمحاماة س ١٤ ق ١ رقم ٤٠ ص ٦١) .

وقالت فى حكمها الصادر فى ٢ يونيه سنة ١٩٣٢ : إنه وإن كان لمحكمة الموضوع كامل السلطة فى تفسير العقود المختلف على معناها بحسب ما تراه أوفى إلى نيـة المتعاقدين ، مستعينة فى ذلك بجميع وقائع الدعوى وظروفها ، إلا أنه إذا أدى بهـا هذا التفسير إلى إعطاء العقد وصفاً قانونيا خاطئاً فإن حكمها فى ذلك يكون خاضعاً لرقابة محكمة النقض[1] ؛ ولذلك صححت العقد الذى أبطلته محكمة الموضوع باعتباره وصية — واعتبرته هى هبة مستترة فى صورة عقد بيع يصح صدورها لوارث من مورثه .

وقالت فى حكمها الصادر فى ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٢ : إنه إذا قضت محكمة الاستئناف بعدم انعقاد البيع بناء على أن عرض الوصى بيع عقار القاصر بدون تحديد ثمن معين لا يعتبر إيجاباً وعلى أن عرض الراسى عليـه المزاد الشراء يفتقر إلى قبول المجلس الحسبى ، على خلاف الثابت بالأوراق والمستندات المقدمة من الطرفين والمسلم بها وبمعانيها من كل منهما ، فإنها تكون قد أخطأت فى تكييف الوقائع الثابتة بالأوراق بحكم القانون وفى تطبيق حكم القانون على هذه الوقائع[2] .

وفى حكم آخر أصدرته فى ٢٤ يونيه سنة ١٩٣٤ — فى قضـية كان كل من الزوجين قد باع ما يملكه لزوجه ، وكانت محكمة الموضوع قضت بأن العقدين وصية وأوقفت الفصل فى نفاذهما حتى يحكم المجلس الملى فى صحتهما — قالت ، مستدلة بما جاء بالحكم المطعون فيـه ، إن أيًّا من الزوجين لم يرد حقيقة الوصية التى هى تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع ، وإن كلا منهما جعل وصية صاحبه سبباً فى وصيته هو لصاحبه ، فالواقع أن تصرفهما هو تبادل منفعة معلق على الخطر ، ولا غرض منه سوى حرمان ورثة كل منهما من حقوقهم

(١) ٢ يونيه سنة ١٩٣٢ (القانون والاقتصاد سنة ٣ رقم ٥١ و مج س٣٣ رقم ٢٣٩ ص ٥٠٨) .

(٢) ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٢ (القانون والاقتصاد سنة ٣ رقم ٨٣)

الشرعية ، أما التبرع المحض الذى هو قوام الوصية وعمادها فلا وجود له فيه ، ويشبه هذا التصرف أن يكون من قبيل ولاء الموالاة ولكن فى غير موطنه المشروع هو فيه ، لأن لكل من العاقدين ورثة يمنع وجودهم من هذه الموالاة ، وترى المحكمة أنه من قبيل الرقبى المحرمة شرعاً (1) .

وهكذا ترى محكمتنا تبرز مرحلة التكييف وتراقب فيها قاضى الموضوع وتصحح له خطأه ثم تطبق حكم القانون على حاصل التكييف بغير إعادة لمحكمة الموضوع .

المطلب الثالث — تطبيق قانون العقد

١١٠ — كان بحثنا إلى الآن مقصوراً على معرفة ما إذا كان العقد يمكن اعتباره من ناحيتى التفسير والتكييف أنه من القانون أو لا يمكن . ولنبحث الآن فيما إذا كان يمكن اعتباره — من ناحية وجوب الأخذ به وتطبيقه — من القانون ، بحيث إذا لم يأخذ به قاضى الموضوع يكون حكمه معيباً يجوز الطعن فيه أمام محكمة النقض كما يجوز الطعن فى الحكم إذا بنى على مخالفة القانون (violation de la loi) ؟

الجواب على هذا لا إشكال فيه . ذلك لأنه ما دام المفروض فى هذه المرحلة الأخيرة أن قاضى الموضوع يكون قد أتم تحصيل فهم الواقع فى الدعوى وعرف وجهة العقد وطبيعته ونوعه وفسر غامضه أو أول ظاهره تأويلا محتملا على مقتضى مقصود العاقدين وانتهى إلى معرفة حكم العقد فى المسألة المختلف على حلها ، وما دام القانون نفسه قد أوجب على العاقدين وعلى المحكمة الأخذ بأحكام العقد فيما يتنازعان فيه — ما دام الأمر كذلك فالأخذ بحكم العقد متعين بحكم القانون وفى عدم الأخذ به مخالفة للقانون نفسه . وإذن فاجتهاد قاضى الموضوع فى هذه

(١) ١٤ يونيه سنة ١٩٣٤ (القانون والاقتصاد سنة ٤ رقم ٦٥ ص ٢٠٥ والمحاماة س ١٥ ق ١ رقم ٢١ ص ٨١) .

المرحلة الأخيرة هو اجتهاد فى تطبيق القانون نفسه ينبغى أن يخضع فيه لمراقبة محكمة النقض[1] .

وهذا النظر كما تراه يكاد يكون من البديهيات ، ولذلك قد سلم به أولئك المتشددون فى وجوب ترك الأمر فى تفسير العقود والاتفاقات والمحررات لقاضى الموضوع ، أشار إليه مرلان[2] وصرح به بونسن[3] وجهر به الأفوكاتو العمومى بول فالو[4] فى مرافعته .

١١١ — وكثيراً ما صرحت محكمة النقض الفرنسية — عند أخذها بحقها فى رقابة المسخ فى المحررات — بأن ليس للمحاكم أن تنحرف عن الأخذ بقانون العقد مراعاة للعدل أو تغليباً لروح الإنصاف ، فإذا انحرفت وجب نقض أحكامها وإلزامها بأن تأخذ بقانون العقد[5] . ومن قضائها فى ذلك قضاؤها فى تقدير التضمينات المترتبة على عدم الوفاء وفاقاً لما احتواه العقد من الشروط الجزائية[6] وقضاؤها بعدم الأخذ بنظرية حسبان الطوارئ (théorie de l' imprevision) فيما لم يبلغ منها مبلغ الحوادث القهرية[7] ، وقضاؤها بعدم العدول عن قدر الأجرة

---

(١) ولا حاجة إلى بناء هذه الرقابة على المسخ ، لأن الفروض فى هذه المرحلة (مرحلة إنزال حكم القانون على فهم الواقع بعد تكييفه) أنه لم يبق إلا تطبيق حكم العقد مفسراً ، فالامتناع عن تطبيقه يكون مخالفة لنص المادة ١٣٨ من القانون المدنى المقابلة لنص المادة ١١٣٤ من القانون الفرنسى .

(٢) Merlin : questions de droit V. papier monnaie P 591

(٣) كتابه السابق الرجوع إليه .

(٤) (د ١٨٦١ — ١ — ١٠٨) .

(٥) مارتى ص ٣١٢ وهامش ١ وفيه سلسلة الأحكام من سنة ٦٨ إلى سنة ١٩٢٤

(٦) ٤ يونيه سنة ١٨٦٠ (د ٦٠ — ١ — ٢٥٧) وربرتوار دالوز تحت كلمة obligations فقرة ٨١٣ وما بعدها .

(٧) ٦ مارس سنة ١٨٧٦ (د ٧٦ — ١ — ١٩٣) ، و ٦ يونيه سنة ١٩٢١ (س ٩٢١ — ١ — ١٩٣) وتعليق هوجنى Hugueny ورسالة الدكتور حامد زكى فى النظرية وتعليق الأستاذ ڤال على حكم ١٤ أغسطس سنة ٩١٥ (د ٩١٥ — ١ — ١٧) .

المتفق عليها فى عقد المساقاة لغير مدة معينة[1] .

١١٢ — ولمحكمتنا المصرية حكم جليل بصدد نظرية حسبان الطوارئ بينت فيه وجوب الأخذ بحكم العقد فقالت « الالتزام العقدى لا ينقضى بالفسخ إلا إذا أصبح الوفاء غير ممكن لطروء حادث جبرى لا قبل للملتزم بدفعه والتحرز منه . فإن كان الحادث الطارئ لم يبلغ أن يكون كذلك بل كان كل أثره هو أن يجعل التنفيذ مرهقاً للمدين فحسب فلا ينقضى الالتزام . وإذن فالحكم الذى يقرر المساواة بين هذين الحادثين من حيث أخذه بالفسخ فى كليهما ، زعماً بأن القانون المصرى وإن لم يأخذ بنظرية انفساخ الالتزام بالظروف الطارئة التى لم يكن يتوقعها العاقدان والتى تجعل التنفيذ مرهقاً للمدين ، إلا أنه قد أباح الأخذ بها فى بعض الحالات حيث تدعو مقتضيات العدالة وروح الانصاف إلى ذلك ، وبأن نظريتى الإثراء على حساب الغير والإفراط فى استعمال الحق يؤكد هذا النظر — الحكم بذلك على هذا الزعم مخالف للقانون[2] » .

١١٣ — ينبغى أن ننبه فى هذا المقام على أنه قد يمكن أن يصير عدم الأخذ بقانون العقد مخالفة حقيقية للقانون نفسه أو خطأ فى تطبيقه ، بأن يكون النزاع فى الدعوى على مسألة لم تخطر ببال العاقدين ويكون العقد غير معروف نوعه الذى يندرج هو تحت عمومه فيجتهد القاضى فى تكييفه فيدخله فى متناول

(١) حكم ٦ مارس سنة ٧٦ (س ٧٦ — ١ — ١٦١) ، وتنحصر الدعوى فى أن صاحب أرض التزم لآخر بسقى أرضه بأجر معين ، ولم يحدد لعقد المساقاة مدة ، فطالب ورثة الملتزم ورثة المستقى بعد ثلاثة قرون (الالتزام كان سنة ١٥٦٠) بزيادة الأجرة بناء على أنها لم تصبح بعد متناسبة مع مصاريف إصلاح المسقى وتهيئتها فحكم بزيادتها ولما طعن فى الحكم نقضته محكمة النقض لمخالفته نص المادة ١١٣٤ من القانون المدنى ، وصرحت فى حكمها بأن هذه المادة توجب الوفاء بالعهد وإنفاذه جبرا على العاقدين ، وأنه لا يصح لقاضى الموضوع أن يخالف العقد بأية علة ما (اقرأ التعليق المتين على هذا الحكم) .

(٢) حكم ٢٤ يناير سنة ١٩٣٢ (المحاماة سنة ١٢ ص ٧٣٢ ومج س ٣٣ رقم ١١٠ ص ٢١٠) .

النوع المناسب له فيصح اجتهاده فى ذلك ولكنه قد يخطئ فى فهم القاعدة القانونية التى تناولها من قواعد هذا النوع من العقود فيقع خطؤه عندئذ فى القانون نفسه .

تذييل

فى التفسير والتكييف فى جرائم الصحافة

١١٤ — قد بينا فيما أوردناه فى الفرعين السابقين الفرق بين تفسير المحرر وتكييفه بحكم القانون ، وكان لنا أن نكتفى بما ذكرناه من الأمثال والشواهد لولا أن لاحظنا اضطراب القضاء فيهما فى جرائم الصحافة . ورأينا أن فى إزالة اللبس بينهما تأنيساً عظيما بنظرية التكييف ، ولذلك عقدنا هذا المبحث وإن كان الكلام فيه مما يتعلق بالتكييف فى النقض الجنائى ، لأهميته ولأن التكييف واحد فى المواد الجنائية وفى المواد المدنية .

١١٥ — كانت محكمة النقض الفرنسية فى عهدها الأول تسلم بسلطة قاضى الموضوع فى تفسير المقالات والصور والرموز المتضمنة سبًا أو قذفاً أو إهانة أو تطاولا أو عيباً أو لوماً أو تحريضاً أو نقداً أو نشراً لأخبار كاذبة إلى غير ذلك من جرائم الصحافة ، فكانت لذلك ترفض كل طعن يبنى على الخطأ فى التفسير ، وتصرح فى أحكامها بأن التفسير كله من وظائف قاضى الموضوع لا يخضع لرقابتها[1] .

ثم رأت فى سنة ١٨٣١ أن تفهم عبارات المقال وتحديد معانيه ومراميه ، وما إلى ذلك من مطابقة هذه العناصر بعناصر التهمة وتحصيل ما يجب أن يوصف

---

(١) حكم ١٥ أكتوبر سنة ١٨٢٥ (س ٨٢٧ — ١ — ٣١) وربرتوار دالوز تحت كلمة مطبوعات Presse فقرة ١١٣٢

به ما اشتمل عليه ، إنما هو اجتهاد فى التكييف يجب أن يخضع فيه القاضى لرقابة محكمة النقض . رأت ذلك عند نظرها الطعن المرفوع من النيابة فى قرار هيئة الاتهام الصادر بأن لا وجه لإقامة الدعوى فى التهمة الموجهة إلى جازيت دى لانجدوك (La Gazette de Langdooc) وملخصها أن كاتباً اتهم بالطعن فى نظام توارث العرش بأن نشر فى الجريدة المذكورة مقالا تحت عنوان « الشريف الصغير المنفى » تضمن التنبؤ بأن هذا الصغير (ويقصد به الأمير دوق بردو) سوف لا يموت بعيداً عن فرنسا ، وسوف تتحقق أمنية أمّه فيه فى أسعد الأوقات « فيعود إلى حظيرة الملك » وطلبت معاقبته على نشر هذا المقال بنص المادة الأولى من قانون ٢٩ نوفمبر سنة ١٨٣٠ . فأصدرت غرفة المشورة بمحكمة تولوز الابتدائية قرارها بأن لا وجه لإقامة الدعوى بناء على أن المقال لا يتضمن تحريضاً ولا طعناً فى نظام توارث العرش ، وأيدت هيئة الاتهام بمحكمة الاستئناف هذا القرار ، فطعنت فيه النيابة أمام محكمة النقض ، فنقضته هذه المحكمة بحكمها الصادر فى ٥ أغسطس سنة ١٨٣١ . وقد استهلت حكمها هذا بإيراد نص المادة الأولى من قانون ٢٩ نوفمبر سنة ١٨٣٠ . ثم قالت إنه نص يتناول بعمومه كل طعن يوجه لهذا النظام مباشرة أو غير مباشرة فيتناول كل تنبؤ بأمنية تخالفه . ثم قالت « وإذا كان لا يصح تخطئة قاضى الموضوع فيما يقرره من التقريرات بصدد ثبوت الجرائم على مرتكبيها ، أو عدم ثبوتها ، فإنه يصح الطعن بتخطئته فى تكييف ما أثبته من ذلك على الوجه الصحيح قانوناً » . ثم رجعت إلى المقال فقالت إن عباراته تدل على تمنى عودة الفرع البكر لأسرة البربون إلى عرش فرنسا ، ثم عرضت لما جاء بقرار هيئة المشورة من أن عبارات المقال لا تدل على أن المتهم كان ينتوى التحريض على نظام توارث العرش ، وأن مجرد تمنى عودة سلالة الفرع البكر من أسرة البربون إلى عرش فرنسا لا يؤدى إلى قلب النظام الحاضر فعلا ، فقالت إن كل ما جاء من ذلك غير منتج ، لأن التهمة الموجهة للمتهم هى مجرد الطعن على نظام

توارث العرش بالمعنى المقصود من المادة الأولى من قانون ٢٩ نوفمبر سنة ١٨٣٠ . ويدلك هذا الحكم على أن محكمة النقض قد جرت فى تكييف فهم الواقع فى الدعوى بحكم القانون على حقيقته من أنه هو رد هـذا الفهم إلى حكم القانون وإجراء حكم القانون عليه مما سبق شرحه فى هذا الكتاب . فقد عرفت أولا الطعن فى نظام توارث العرش ثم عدّت التنبؤ بما يخالف هذا النظام طعناً عليه ، ثم أدخلت المقال موضوع التهمة فى متناول هذا التنبؤ ثم بالتالى فى متناول الطعن فى نظام توارث العرش فاستقام لها بذلك التكييف القانونى الصحيح[1] .

وقد اضطربت الأحكام بعد ذلك فى بعض جرائم الصحافة ما ينيف على ثلاثين عاماً ، ثم استقرت على القضاء بأن لمحكمة النقض الرقابة على قاضى الموضوع فى تفهم معانى الألفاظ والعبارات من جهة علاقتها بالقانون وتكييفها بتوجيه . فقد جاء فى حكم أصدرته فى ٩ يناير سنة ١٨٦٤ « أن محكمة النقض وإن كانت لا حق لها فى التدخل فى تحصيل قاضى الموضوع فهمه الواقعى فى الدعوى ، فإن حقها فى الرقابة على فهم حكم القانون فى هذا الواقع يجب فيما يتعلق بجرائم الصحافة أن يمتد إلى المقال نفسه من ناحيـة تحديد معانيه وتبيين علاقته بالقانون ، ذلك لأن من القانون أن تتحقق محكمة النقض باطلاعها على المقال ومراجعتها إياه مما إذا كانت محكمة الموضوع وهى فى سبيل تعرف وجهة المقال وتحديد معانيه ومراميه وعلاقة ذلك بالتهمة المنتزعة منـه ، قد أخطأت فى التفسير فسخت المقال ووقعت بذلك فى مخالفة القانون أو فى الخطأ فى تطبيقه ، أو أنها لم تخطئ فى ذلك . ثم قالت إنها مع ذلك لا تتدخل فى التفسير إلا إذا كان قائماً على عناصر المقال المكونة له (ses éléments intrinsèques) أما

(١) حكم ٥ أغسطس سنة ١٩٣١ (س ٣٢ — ١ — ١٠٢) وقد سبقت منا الاشارة إلى هذا الحكم عند الكلام عن نظرية التكييف ، وقلنا إنه منذ صدوره أخذت محكمة النقض تراقب التكييف على مقتضى القانون (فقرة ٦٢ من هذا الكتاب) .

إذا كان التفسير قائماً على ظروف الدعوى الخارجة عن المقال (sur les circons-tances extrinsèques) فإنها لا تتدخل فيه[1] .

وأنت إذا استبعدت كلمة المسخ (dénturation) التى جاءت فى أسباب الحكم بمعنى الخطأ فى التكييف على ما يظهر ، تبين لك أن مذهب محكمة النقض قائم على التفرقة بين تكييف عناصر المقال ومحتوياته بحكم القانون و بين تكييف ما هو خارج عن المقال بحكم القانون كذلك ، ثم على القول باختصاصها برقابة الأول منهما دون الثانى ، وأنها إذ تراقب التكييف الأول منهما تشرف على تفسير المقال سواء أكان المقال واضح العبارة أم غامضها وسواء أكان وجه التفسير الذى أخذ به قاضى الموضوع محتملا ومقبولا أم غير محتمل ولا مقبول ، وعلى العموم فإنها تعنى أولا بتفهم المقال وتحديد مراميه ثم تكييف حاصل فهمه بحكم القانون .

ويقول مارتى فى نقد هذه الرقابة التى تنتحلها لنفسها محكمة النقض الفرنسية إنها ليست هى رقابتها المعروفة على المسخ ، لأنها لا تفرق فيها بين كون المقال (موضوع التهمة) ظاهر المعنى أو غامضه ، كما لا تبحث عما إذا كان ما جاء به قاضى الموضوع من تفسير للمقال مقبولا أو غير مقبول ، و إنما تبتدئ هذه الرقابة بتفسير المقال وتحديد مراميه ثم تكييفه مفسراً على ما رأت هى لا على ما رآه

(١) راجع ٩ يناير ١٨٦٤ (س ٦٤ — ١ — ٤٩) وقد قالت فيه محكمة النقض بأن لها الحق فى الرجوع إلى المقال لتقدير ما إذا كان يتضمن أو لا يتضمن أخباراً مكذوبة من شأنها تكدير السلم العام . وحكمها الصادر فى ٣١ يناير سنة ١٨٧٧ (س ٧٨ — ١ — ١٧١ وتقرير المستشار Alméras Latour) لتقدير ما إذا كان السب موجها لشخص بسبب أداء الوظيفة أو بغير سببها ، وقد جاء فيه أن هذه المسألة قانونية ، وأنه لذلك يكون لمحكمة النقض مراجعة المقال والأخذ بحكم القانون إذا كان قاضى الموضوع لم يستند فى التوجيه الذى أخذ به إلا إلى المقال نفسه ، أما إذا كان قد استخلص هذا التوجيه من عناصر التحقيق الخارجة عن المقال فان رأيه يكون نهائيا . وحكمها الصادر فى ٣ فبراير سنة ١٨٧٧ (س ٧٧ — ١ — ١٨٩ وتقرير المستشار Chiriot) لمعرفة ما إذا كان المدعى بالحق المدنى هو أو غيره الذى قصد التعريض به فى المقال ، إلا إذا كان قاضى الموضوع قد اعتمد فى تحصيل فهمه على ما استخلصه من عبارات المقال وظروفه التى بينها فى الحكم . وراجع حكمها فى ١٦ فبراير سنة ١٨٩٣ (د ٩٤ — ١ — ٢٥ وتعليق M. B) وحكمها فى ٥ يوليه سنة ١٩١٧ (س ٩٢٠ — ١ — ١٨٧) .

قاضى الموضوع ثم تنزل على حاصل التكييف حكم القانون ، ولا تأخذ بما يثبته هذا القاضى من ذلك إلا إذا كان قائماً على ما هو خارج عن المقال من الظروف .

هذا هو أصل مذهب محكمة النقض الفرنسية فى تكييف جرائم الصحافة . ولكنك قد تلاحظ أنها مع ذلك قد تتعرض أحياناً إلى ما يكون قاضى الموضوع قد قرر ثبوته وتوافر أركان التهمة فيه أو عدم توافرها ، بالرغم مما يظهر فى أسباب حكمه من أنه قد استخلص تقريراته هذه من عناصر التحقيق الخارجة عن المقال موضوع التهمة ، وذلك متى تبين لها أن هذه التقريرات تناقض محتويات المقال ومراميه مناقضة ظاهرة تستوجب نقض الحكم(١) .

ولا فرق فى نظرنا بين التكييف يقع على حاصل ما تشهد به عبارات المقال الحاضرة أمام محكمة النقض فحسب ، أو يقع على حاصل ما تبينه قاضى الموضوع من ظروف الدعوى وأحوالها الخارجة عن المقال . لأن التكييف فى الحالين هو — على ما قدمنا — رد حاصل فهم الواقع فى الدعوى ، أياً كان مصدره ، إلى حكم القانون بإدخال هذا الحاصل فى عموم القاعدة القانونيـة الواجب الأخذ بها فيه . وإذا قيل إن قاضى الموضوع فى الحالة الأولى يثبت فى حكمه عبارات المقال التى تحتوى جميع عناصر التهمة ثم يكيف حاصل كل عنصر منها بما يقابله من عناصر الجريمة التى يصح انطباق التهمة عليها ، وانه فى الحالة الثانية يبتدئ باستخلاص عناصر التهمة من المقال ومن ظروف الدعوى وأحوالها ثم يثبت ما استخلصه ثم يكيفه — إذا قيل هذا قلنا إنه لا يترتب عليه أن يصير التكييف فى هذه الحالة الأخيرة موضوعيا لا تراقبه محكمة النقض ، لأن التكييف فى الحالتين لا يحصل إلا بعد التثبت من وجود عناصر التهمة فى الواقع أو عدم وجودها ، ولا يغير من

---

(١) راجع حكم ٢٣ نوفبر سنة ١٨٦١ (د ٦٢ — ١ — ٥٣) وملحق دالوز تحت كلمة Presse فقرة ٢٠٥٨ والمراجع التى بها .

أمره أن تثبت هذه العناصر من المقال وحده أو من ظروف الدعوى الخارجة عن المقال[1] .

١١٦ — مذهب محكمة النقض المصرية : كانت محكمة النقض المصرية تحذو حذو محكمة النقض الفرنسية فى الرقابة على تفسير المقالات والرسوم والصور والرموز وتكييفها بحكم القانون ، ولعل أوفى أحكامها فى بيان مذهبها هذا حكمها الصادر فى ١٢ أكتوبر سنة ١٩٢٤ فى الطعن نمرة ٨٨٥ سنة ٤١ قضائية المرفوع من النيابة عن حكم محكمة الجنايات القاضى ببراءة جريدة اللواء المصرى من تهمة العيب فى حق ذات حضرة صاحب الجلالة ملك مصر بنشرها مقالاً تحت عنوان « الأمير الفقيد » أسندت فيه إلى حضرة صاحب الجلالة بطريق التعريض ما احتواه هذا المقال من عبارات مهينة يصعب صرفها إلى غير حضرته . وقد استهل هذا الحكم بأن النيابة تبنى طعنها على أن محكمة الجنايات قد اعتبرت المقال المنشور تحت ذلك العنوان بجريدة اللواء المصرى بالعدد رقم ٤٢٧ لا يشمل جريمة يعاقب عليها القانون ، ثم قال « ومن حيث إن المقرر عند علماء القانون وفى كثير من أحكام المحاكم الفرنسية أن لمحكمة النقض والإبرام فى الجرائم الصحفية حق مراقبة محكمة الموضوع فى تفسير ما ينشر فى تلك الصحف وتحديد معانى ألفاظه ، والحكمة فى ذلك ظاهرة وهى وجود جسم الجريمة أمام محكمة النقض كما كان أمام محكمة الموضوع ، وهو كل ما يدور عليه البحث فى هذا النوع من الجرائم — بخلاف باقى الجرائم الأخرى حيث يشمل البحث فيها أموراً أخرى كشهادة الشهود والظروف المحيطة بالدعوى مما تترك عادة أثراً فى تكوين اعتقاد قاضى الموضوع وليس لمحكمة النقض والإبرام أى سبيل إلى التدخل فيه — اللهم إلا إذا استندت محكمة الموضوع إلى أمور أخرى غير موضوع المقال » ثم قال

(١) راجع فى نقد مذهب محكمة النقض بصدد حكم ١٣ ديسمبر سنة ١٨٧٧ (س ٧٨ — ١ — ١٨٩) شوفرن ص ٧٢ وما بعدها ، ومارتى ص ٣٢٦ هامش ٢) .

« إن البحث فى موضوع المقال واستظهار ما قد يكون فيـه من الأمور المعاقب عليها يقتضى الذهاب فى تأويل معانيه إلى تعيين من هو المقصود بالمطاعن ، إذ أن مراقبة محكمة الموضوع عن وجود الجريمة أو عدم وجودها قد لا يمكن إتمامها إلا بهذا التعيين » ثم قال « إن المحكمة باطلاعها على المقال موضوع الدعوى تبين لها أنه يشمل العبارات المبينة فى تقرير الاتهام وأنها فى مدلولها تسند العيب إلى الذات الملكية التى تعينت من مرامى ألفاظ عبارات ذلك المقال إلى حد يصعب صرفها إلى غير صاحب هذا المقام » ثم عاد إلى الحكم المطعون فيه فقال « لا عبرة لاستناد محكمة الجنايات إلى ماضى المتهم كاتب المقال مدللة على حسن نيته ، إذ مجرد نشر عبارات العيب مع العلم بمضمونها يقطع بسوء النية وتكون محكمة الموضوع بناء على هذا لم يكن بها حاجة إلى الخروج عن موضوع المقال » ثم انتهت إلى نقض الحكم المطعون فيه واعتبار التهمة جنحة يعاقب عليها القانون بنص المادة ١٥٦ عقوبات .

ألست ترى أن محكمتنا تقرر فى هذا الحكم أن للجرائم الصحفية شأناً فى التكييف يختلف عن شأن الجرائم الأخرى ، وأن العلة فيه أن المقال المنشور الماثل أمام محكمة النقض مثوله أمام محكمة الموضوع هو جسم الجريمة الصحفية ، وهو الذى بحثه قاضى الموضوع وفسره وحصّل منه فهم الواقع فى الدعوى ، وأنه لذلك ينبغى لمحكمة النقض أن تراقبه فى تفسير المقال وتكييفه لاستظهار ما قد يكون فيـه من الأمور المعاقب عليها قانوناً ومن تعيين من هو المقصود بالمطاعن التى احتواها هذا المقال . ألست تراها بقولها « اللهم إلا إذا استندت محكمة الموضوع على أمور أخرى فى موضوع المقال » تزمع الابتعاد عن رقابة التكييف إذا حصل قاضى الموضوع فهمه من ظروف الأحوال الخارجة عن المقال كما ابتعدت عن هذه الرقابة محكمة النقض الفرنسية . وجملة القول أن محكمتنا قد حذت فى هذا الحكم جذو محكمة النقض الفرنسية فيما ذهبت إليه من بسط رقابتها على

تفسير المقال وتكييفه ، بل لقد صرحت فيه أنها تستشهد فيه بالفقرتين ١٣٠٩ ، ١٣١٠ من كار بنتييه .

ثم فى حكمها الصادر فى ٦ نوفمبر سنة ١٩٢٤[1] فى الطعن نمرة ١٧٤٤ سنة ٤١ قضائية قالت بصدد بحثها فى الطعن المرفوع من النيابة عن حكم محكمة الجنايات القاضى ببراءة المتهم من تهمة القذف « إنها مع التسليم بما لمحكمة النقض من الحق فى الاطلاع على المقال موضوع التهمة وتحديد معنى ألفاظه توافق على ما رأته محكمة الجنايات من أن المقال المشار إليه لا يمكن اعتباره قذفاً أو سبًّا أو إهانة » ثم قالت — عند بحث وجوه الطعن المقدمة من المتهمين عن الحكم الصادر عليهم بالعقوبة فى جريمتى قذف وسب أخريين — إن المقالات المشار إليها لم تكن موجهة إلى هيئة مجلس النواب بل إلى أعضائه الذين وافقوا على تقرير المكافأة البرلمانية باعتبارها ٦٠٠ فى جنيه السنة (وهم الذين يؤلفون الأكثرية) وإنها لا ترى الأخذ فيها بالمبدإ الذى قررته محكمة الجنايات وهو أن عبارة الهيئات النظامية الواردة بالمادة ١٦٠ من قانون العقوبات يجوز أن تطلق على فريق من مجلس النواب . ولذلك رأت هى وجوب اعتبار المقالات المذكورة موجهة إلى أشخاص معينين وتطبيق المواد ١٥٩ و ٢٦٢ ، ٢٦٥ عقوبات لا المادة ٢٦١ منه ، ثم بحثت فيما إذا كانت عبارات المقالات قد تعدت حدود النقد المباح أو لم تتعدها وهل كان كاتب المقال حسن النيــة أو سيئها فقالت « إنها لا تأخذ فى الدعوى الحالية بما قررته محكمة الجنايات من أن سوء القصد مفروض وجوده قانوناً بل إن لها أن تبحث جميع ظروف الدعوى لمعرفة ما إذا كان قصد

---

(١) المحاماة سنة ٥ رقم ١٨٦ ص ٢٠٣ . وكان مبنى طعن النيابة أن المقال يعتبر قذفاً أو سبا ، وإن لم يمكن اعتباره قذفاً ولا سبا فعلى الأقل هو مكون لجريمة الاهانة ، فمحكمة النقض بعد أن بينت أن القانون أراد أن يعاقب على نشر الألفاظ التى تخدش ناموس الأشخاص سواء أكانت تلك الألفاظ تعتبر قذفاً أو سبا أو إهانة ، رأت أن المقال لا يحتوى شيئاً من هذه الجرائم ولذلك رفضت الطعن .

ناشر المقالات هو مجرد منفعة البلاد أو مجرد الإضرار بالأشخاص المطعون فيهم » ثم انتهت من هذا البحث إلى القول بأنها رأت أن المقالات التى حكم من أجلها على طالب النقض لا تشمل ما يبرر الحكم عليه بالعقوبة ، وأن النيابة لم تقم الدليل على سوء نيته .

ويدل هذا الحكم على أن محكمة النقض لا تقرر حقها فى الاطلاع على المقال موضوع التهمة لتحديد مراميه ومعانيه فحسب ، بل للتحقق مما إذا كانت عبارات المقال يمكن اعتبارها أنها تتضمن إهانة فى حق هيئة نظامية أو فى حق بعض أشخاص معينين باعتبارهم قائمين بخدمة عامة ، ولمعرفة ما إذا كان ناشر المقال تعدى حدود النقد المباح أو لم يتعدّها ، وما إذا كان رائده فى النقد هو المصلحة أو مجرد الاستضرار . وبالجملة فقد رأت محكمة النقض أن تراقب التكييف كله وتعتمد فى هذه الرقابة لا على عبارات المقال فحسب ، بل على جميع ظروف الدعوى .

وهذا الحكم جيد التعبير جرى فى تكييف فهم الواقع من المقال بحكم القانون على أحسن أسلوب : ابتدأ بتحديد معنى عبارة « الهيئات النظامية » الواردة بالمادة ١٦٠ من قانون العقوبات ثم طبق هذا المعنى على حاصل المقال فلم يجده ينطبق على المطعون فى حقهم (حزب الستمائة) ثم عرف سوء القصد فى الطعن على الخصوم السياسيين ، ثم طبق هذا التعريف على الدعوى فلم يجده منطبقا ، ولذلك كان ختام الحكم أن النيابة لم تقم الدليل على أن المتهم كان سيء النية بهذا المعنى[١] .

وفى سنة ١٩٢٩ رأت محكمة النقض أن تؤسس مذهبها فى تكييف جرائم النشر على أساس آخر فقالت فى حكم أصدرته فى ٢٨ مارس سنة ١٩٢٩ « إن

---

(١) يراجع حكم أول مايو سنة ١٩٢٨ (فى الطعن رقم ٣٢٣ سنة ٤٥ ق المرفوع من جريدة الاتحاد) وحكم ٢٣ مايو سنة ١٩٢٨ (فى الطعن رقم ١٦٣ سنة ٤٥ ق المرفوع من محرر جريدة السياسة) فى تحديد اللوم والعيب فى ذات ولى الأمر .

طعن النيابة مبنى على أن محكمة الجنايات — إذ اعتبرت أن ما وقع من المتهم هو من النقد المباح المصحوب بحسن النيـة — قد أخطأت فى تطبيق القانون » ثم أخذت تبحثه فقالت « وحيث إن الحكم المطعون فيه قد أثبت نشر مقالات بعينها وأن الناشر لها هو المتهم فواقعة نشر المتهم لهـذه المقالات بعينها هى الواقعة الثابتة فى الحكم ، ومعرفة ما إذا كانت تلك الواقعة كما أثبتها الحكم يعاقب عليها القانون كما تقول النيابة أو لا يعاقب كما ذهبت إليـه محكمة الجنايات ، هى من اختصاص محكمة النقض لدخولها فى مدلول الحالة الثانية من الأحوال الثلاثة المنصوص عليها فى المـادة ٢٢٩ من قانون تحقيق الجنايات ، ومن البدهى أن محكمة النقض يستحيل أن تؤدى واجبها من تعرف ذلك إلا ببحث تلك المقالات التى هى من ضمن الواقعة الثابتة بالحكم أو بتفهم معانى عبارتها ومراميها ثم وصفها بمـا تستحق قانوناً من نقـد مباح أو سب محرم » ثم قالت « وحيث إنه بالاطلاع على المقال المنشور بالعدد كذا وجد أنها معنونة هكذا (سـفيران يحطان بكرامة دولتيهما)[1] وقد بدأها الكاتب برواية خبر منقول عن جريدة المقطم يتضمن أن وزير إيران المفوض بمصر أقام مأدبة لوزير مصر المفوض بإيران ، وأن كلا الوزيرين شرب فى نخب الآخر ، ثم علق الكاتب على هذا الخبر بالاستفهام عما شرباه ، وقال إن الشرب فى هـذا الزمن لا ينصرف إلاَّ إلى الوسكى والشمبانيا وما أشبه ممـا حرمه الله ورسوله ، وإنه كان من الواجب على الوزيرين مراعاة حرمة الدين فى الحفلات الرسمية . ثم اسـتطرد فى النعى على شاربى الخمر إلى أن قال فليتق الله السفيران فى كرامة دولتيهما » . وحيث إن الخبر على ما نقله كاتب المقال لم يكن سوى أن كلا من الوزيرين شرب فى نخب الآخر ، ولم يرد به نوع المشروب إن كان خمراً أو ماءا قراحا ، فالكاتب الذى يدعى الدفاع عن الدين ... عمد إلى الاستفهام التوبيخى عن نوع المشروب ، ثم رد على نفسه بأنه لا يكون

(١) طعن النيابه ضد صاحب جريدة الوجدان رقم ٩٣٠ سنة ٤٦ ق .

إلاّ خرا ، وتخلص من هذا التعمل والتمخص الذهنى إلى النعى على السفير بأنه لم يراع حرمة الدين فى الحفلات الرسمية ولم يتق الله فى كرامة دولته . ولا شك أن كل ذلك يشتمل سبا صريحاً متعمداً ، لا أنه مجرد انتقاد مباح على شاربى الخمر كما تقول محكمة الجنايات » ثم التفتت محكمة النقض إلى حكم محكمة الجنايات فقالت « إن محكمة الجنايات بعد أن قررت أن عمل المتهم لا جريمة فيه بل هو من النقد المباح ، لزمها منطقياً و بطبيعة الحال اطراح البحث فى القصد الجنائى لجريمة السب أموجود هو أم غير موجود ؛ وكل ما قالته ان هذا النقد المباح إذا كان به شىء من المبالغة فبحسن قصد دفعت إليه البيئة والوسط اللذان نشأ المتهم وعاش فيهما (أى بيئة الأزهر على ما يعلم من محضر الجلسة) . وقول المحكمة هذا مسلم به لو أن المقال غير محتو إلا مجرد انتقاد على شاربى الخمر كما ذهبت إليه ، أما على الفهم الذى فهمته محكمة النقض من هذا المقال فإن الأمر فى ذلك ينعكس ، إذ الواقع أن أهل الأزهر وخلطاءهم فى البيئة وعشراءهم فى الوسط هم من أحرص الناس على الائتمار بما يتلى عليهم من القرآن الكريم . . . . وقول الرسول الكريم . . . . فالبيئة والوسط اللذان تستنتج منهما المحكمة دليل حسن القصد من المبالغة فى مباح النقد لا ينضحان إلاّ بنقيض ذلك فيما كان من المتهم على الوجه الذى فهمت محكمة النقض مقاله عليه » ، ثم انتهت باعتبار المقال متضمناً سباً معاقباً عليه بالمواد ١٦١ و ١٥٨ و ١٤٨ من قانون العقوبات .

ألا ترى فى هذا الحكم أن محكمة النقض كأنها تقول إن سلطة قاضى الموضوع التى لا معقب عليها فى جرائم النشر تنحصر فى إثبات حصول نشر المقال موضوع التهمة وفى أن الناشر له هو المتهم . أما تكييف ما تضمنه المقال لمعرفة ما إذا كان يعاقب عليه القانون أو لا يعاقب فهو اجتهاد فى القانون ، وهو لذلك من اختصاص محكمة النقض لدخوله فى مدلول الحالة الثانية من الأحوال المنصوص عليها فى المادة ٢٢٩ من قانون تحقيق الجنايات ، وأن لها لذلك أن تبحث المقال

باعتبار أنه من ضمن الواقعة الثابتة بالحكم ، وتتفهم معانى عباراته ثم تصفها بما تستحق قانوناً أن توصف به ؟ ثم ألا تراها تقول إنها اطلعت على المقال فوجدت أن به كيت وكيت ، ثم قالت إن كل ذلك يشمل سبا صريحاً متعمداً لا مجرد نقد مباح ؟

ولقد كان خيراً لهذا الحكم أن يبتعد عن القول بأن لمحكمة النقض أن تتفهم عبارات المقال ثم تصفه بما يستحق قانوناً أن يوصف به ، حتى لا يشتم منه أنها تراقب قاضى الموضوع فى تفسير المقال أولا ثم فى تكييفه بحكم القانون ثانياً ؛ لأن خطأ حكم محكمة الجنايات لم يكن إلا فى تكييف عنصر الإسناد وعنصر القصد الجنائى بما لهذين العنصرين من تعريف فى القانون . وقد أبرزت محكمة النقض هذين الخطأين فقالت إن الكاتب بدأ مقاله برواية خبر منقول عن جريدة المقطم يتضمن إقامة المأدبة وشرب كل من الوزيرين فى نخب الآخر ، ثم عمد إلى الاستفهام التوبيخى عن نوع المشروب ثم رد على نفسه بأنه لا يكون إلا خمراً ثم تخلص من هذا التعمل والتمخض الذهنى إلى النعى على السفير بأنه لم يراع حرمة الدين فى الحفلات الرسمية ولم يتق الله فى كرامة دولته ، فأبرزت بذلك خطأ الحكم فى عدم الاعتداد بهذا الأسلوب لاعتبار المقال محتوياً سبا متعمداً لا مجرد انتقاد مباح على شاربى الخمر . وكذلك أبرزت محكمة النقض خطأ حكم محكمة الجنايات فى اطراح بحث القصد الجنائى على ما سبق ذكره . والخلاصة أن محكمة النقض لم تنع على قاضى الموضوع فى واقع الأمر إلا خطأه فى التكييف على ما سلف الذكر .

ثم أخذت محكمتنا تتبع مذهبها هذا فى الأحكام التى أصدرتها بعد ذلك :

(١) فى حكمها المؤرخ فى ٣٠ مايو سنة ١٩٢٩ فى الطعن رقم ٧٩٢ سنة ٤٦ قضائية الصادر فى الطعن المرفوع عن حكم أصدرته محكمة مصر الاستئنافية بتبرئة طالب كان قد اتهم بالصياح فى مقهى عام وفى الطريق العام بقوله « لتسقط

الوزارة الحالية لتسقط الوزارة المستبدة » قائلة إن ما نسب إلى المتهم قد صدر منه حقيقة ، ولكنه لا يقع فى متناول المادة ١٦١ عقوبات لأن مثل تلك العبارات لا يراد بها إلا طلب تخلى الوزارة عن الحكم أو تمنى ذلك ، ولأن القصد الجنائى فيها منعدم . قالت محكمة النقض فى حكمها هذا « إن هذه العبارات التى صدرت من المتهم فيها مساس بشرف الوزارة وكرامتها ، وهى عبارات جارحة تحمل فى ذاتها سوء النية وتدل عليه بلا حاجة لدليل آخر ، وإنها بذلك تكوّن جريمة الإهانة المعاقب عليها بالمادة ١٦٠ عقوبات » على ما سبق لها شرحه بحكمها الصادر فى ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٩ فى القضية المدنية رقم ٧٩٢ سنة ٤٦ قضائية .

(٢) وفى حكمها المؤرخ فى ١٤ مايو سنة ١٩٣١ فى القضية رقم ٣٦ سنة ٤٨ قضائية[١] الصادر بشأن تكييف الصور الرمزية والمقالات المتضمنة السب والقذف فى حق بعض الوزراء بسبب تأدية وظائفهم ، فقد جاء به أنه اتضح لمحكمة النقض من الاطلاع على الصور الرمزية والمقالات أنها كلها سلسلة واحدة رمى بها المتهم إلى الطعن فى حق بعض الوزراء بسبب تعديل قانون الانتخاب وطريقتهم فى حكم البلاد ، كما جاء فيه أنه تبين للمحكمة من الحكم المطعون فيه أن محكمة الجنايات صرفت النظر حقا عن ذلك الارتباط الوثيق بين أجزاء العدد الرابع المتقدم الذكر ، فبحثت فيما اشتمل عليه من صور ومقالات ، صورة صورة ومقالا مقالا ، عما إذا كان كل واحد منها يشتمل فى الواقع على ما يربطه بتصرفات تتعلق بوظيفة الوزراء المعتدى عليهم أو لا يشتمل ، فكان من نتيجة هذا النظر أن اعتبرت أن ما فى البعض منها نقد مباح ، وأن ما فى البعض الآخر سب « فاختل بذلك على المحكمة إعطاء الوصف القانونى الصحيح لمقال جريمة الإهانة المسندة للمتهم ، ووقع الخطأ فى تطبيق القانون » .

(٣) وفى طعن قدمته جريدة السياسة بنى على أن الحكم المطعون فيه قد

(١) مجموعة القواعد القانونية جـ ٢ رقم ٢٦١ .

جاء خلوا مما يثبت توافر سوء القصد بالمعنى الذى قررته محكمة النقض حيث لم يذكر به إلا أن نشر المقال كان لغرض مهم هو الدفاع عن أموال الدولة ، ولغرض آخر أهم منه هو التشهير بالوزراء ، وهذا يقتضى اعتبار المتهم حسن النية ما دام قد ظهر لمحكمة الجنايات[1] أن من أغراض الناشر الدفاع عن مصلحة عامة . فى هذا الطعن قالت محكمة النقض فى حكمها الصادر فى ٤ يناير سنة ١٩٣٢ « إن هذا الوجه مردود بأنه لا مانع يمنع اشتمال المقال الواحد وما يتبعه من رسوم وغيره على عبارات يكون الغرض منها الدفاع عن مصلحة عامة ، وأخرى يكون الغرض منها التشهير ، وللمحكمة فى هذه الحالة أن توازن بين قصد التشهير وقصد الدفاع عن المصلحة العامة ، وتقرير أيهما كانت الغلبة له فى نفس الناشر حين نشر المقال المؤاخذ به . ولا محل للقول بأن حسن النية يجب أن يقدم فى كل الأحوال على ما عداه » . ثم قالت « وقد أفاض قاضى الموضوع فى هذا البحث ، و بيّن القاعدة التى رآها أولى بالتطبيق فى مثل هذا المقام (وهى إذا تبيّن أن غرض الكاتب الأول هو القذف فى خصومه أو التشهير بهم و إهانتهم ، أخذ بهذا القصد وتعين فصل السب عن الموضوع الواقع عليه الجدل وتوقيع العقاب) . . . . . و بتطبيق هذه القاعدة على الدعوى الحالية رأى ...... ثم ختم هذا البحث بقوله إن قصد الضرر ظاهر لا يحتاج إلى دليل آخر . ومن ذلك يبين أن الحكم المطعون فيه قد غلّب سوء نية الطاعن فيما نشر ، فلا محل للقول بخلوه مما يفيد ذلك »[2] .

ثم عادت محكمة النقض إلى تأصيل مذهبها فى حكمها الذى أصدرته بتاريخ ١٤ مارس سنة ١٩٣٢[3] فى الطعن الذى قدمته النيابة فى حكم محكمة جنايات مصر القاضى بتبرئة محام اتهم أولاً بالتحريض على كراهية نظام الحكومة المقرر

(١) فى الطعن رقم ٥٢ سنة ٢ قضائية المقدم من مدير جريدة السياسة .

(٢) فى الطعن رقم ٥٣ سنة ٢ قضائية .

(٣) فى الطعن رقم ٦٦ سنة ٢ قضائية المقدم من النيابة ضد حسن افندى عبده خليل النحاس (مجموعة القواعد القانونية جـ ٢ رقم ٣٣٣) .

فى القطر المصرى بتوزيعه نشرات مطبوعة ذكر فيها أن الحكومة استخدمت دستوراً جديداً تأبى كرامة الناس طاعته واحترامه ، واتهم ثانياً باهانة هيئة الوزارة علنا بأن نسب لها فى تلك النشرات المطبوعة التى وزعها أنها قتلت الحريات واستباحت المحرمات وأن عهدها عهد ظلم وطغيان وغدر . استهلت محكمة النقض حكمها هذا ببيان الواقعة التى حوكم المتهم من أجلها ، ثم بحثت عن معنى عبارة « نظام الحكومة المقرر فى القطر المصرى » وانتهت فيه إلى وجوب صرف هذه العبارة الواردة فى المادة ١٥١ إلى ما يشمل تفاصيل النظام الحكومى بحسب ما هو عليه فى الدستور القائم الذى هو الموطن الوحيد لتقريرها ، ثم نعت على حكم محكمة الجنايات خطأه فى اعتبار أن هذه العبارة لا معنى لها إلا الأساس النوعى لذلك النظام ، كما نعت عليه ما تخلص به هذا الحكم إلى القول بأن المتهم هو من أشد أنصار الحياة النيابية وأنه لم يقصد قط محاربة النظام النيابى أو هدمه وإنما هو يرى أن الدستور القديم كان يحقق الحياة النيابية بشكل أكمل وأن الدستور الجديد قد انتقصها فهو يريد أن يعدل بهذا إلى ذلك ، وأن هذه المفاضلة لا تعتبر تحريضاً على كراهة نظام الحكم المقرر فى البلاد وهو الحكم النيابى . وانتهت من تخطئته فى ذلك القول بأن ما نسب إلى المتهم من العبارات الواردة فى المنشور تعتبر يقيناً تحريضاً على كراهة النظام الحكومى المقرر فى القطر المصرى مما يقع تحت نص الفقرة الأولى من المادة ١٥١ عقوبات . ثم ذكرت وجوه الطعن الأخرى التى تتركز جميعاً فى أن خطأ محكمة الجنايات فى تبرئة المتهم من تهمة إهانة الوزارة يرجع إلى نقطتين أخذت فيهما برأى غير صحيح ، الأولى أنها أولت مرامى المتهم فيما كتب فى حق هيئة الوزارة بأنها نقد مباح يصح التسامح فيه واستخلصت من ذلك حسن نيته فيما فعل ، والثانية أنها جعلت للعبارات التى صدرت من المتهم سرداً من الوقائع وأن هذه الوقائع يصح قانوناً للمتهم أن يثبتها ؛ وأخيراً اعتبرت سكوت النيابة على نفيها دليلاً قانونيا على ثبوتها . وفى ذلك قالت

محكمة النقض « إن العبارات الواردة فى المنشور فى غاية الإقذاع ، وقد جاءت بأسلوب عام لا تبرز فيه واقعة معينة بالذات يمكن القول بأن المتهم كان يقصدها ، ومن أثرها أن تصور فى خيال القارئ أفدح المكاره وأزرى الصفات التى يمكن أن تسند إلى هيئة الحكم فى البلاد فهى تشهير صريح لا يقبل القول فيه بحسن النية ، ولا يسوغ الاعتراض بأن واقعة استحداث الدستور هى واقعة معينة واردة فى صلب المنشور ، وأنها تجيز رمى الوزارة بما رماها به المتهم من استباحة المحرمات ومن الظلم والطغيان والغدر ، لأن قيام هذا الدستور بالفعل ووجوب طاعته واحترامه وعقاب من يحاول التحريض على كراهته يجعل الهيئة التى أصدرته بمنجى من كل تعريض بكرامتها ويجعل من يهينها مستحقا للعقاب . ولا محل هنا للقول بسلامة النية أو بسوئها ما دام الموضوع طعناً وتشهيراً فيما يعصم القانون المجنى عليه من كل عيب وتجريح » . ثم قالت بعد ذلك « إن القضاء استقر على أن لمحكمة النقض فى جرائم النشر تقدير مرامى العبارات التى يحاكم عليها الناشر لأنه ، وإن عد ذلك فى الجرائم الأخرى تدخلاً فى الموضوع ، إلا أنه فى جرائم النشر وما شابهها يأتى تدخل محكمة النقض من ناحية أن لها بمقتضى القانون تعديل الخطأ فى التطبيق على الواقعة بحسب ما هى مثبتة فى الحكم ، وما دامت العبارات المنشورة هى هى بعينها الواقعة الثابتة فى الحكم صح لمحكمة النقض تقدير علاقتها بالقانون من حيث وجود جريمة فيها أو عدم وجودها ، وذلك لا يكون إلا بتبين مناحيها واستظهار مراميها » .

ولا شك عندنا فى أن ما جاء بهذه الحيثية الأخيرة من أن لمحكمة النقض أن تتدخل فى جرائم النشر على خلاف القياس لتعديل الخطأ فى تطبيق القانون هو تعبير لا يسلم من الاعتراض ، لأن محكمة النقض إذ تنظر فى تكييف الثابت من وقائع الدعوى (والواقع فى جرائم النشر هو المقال المنشور) لا تتدخل حقا فى الموضوع بالمعنى المعروف لهذا اللفظ ، وإنما تستدرك ما وقع فيه قاضى الموضوع

من خطأ فى التكييف وفى تطبيق القانون . أضف إلى هذا أن ما بحثته المحكمة من المسائل فى هذا الحكم جميعها من المسائل القانونية كما رأيت : بحثتها لأنها من العناصر القانونية المكونة للجريمة ، ثم أنزلت حكمها القانونى على العبارات الواردة بمنشور المتهم فنقضت الحكم المطعون فيه .

ويدلك على سلامة هذا المعنى عند محكمة النقض حكمها الذى أصدرته فى ٣١ مارس سنة ١٩٣٢[1] (فى القضية المشهورة بقضية الخطابات المزورة) حيث صرحت فيه مراراً بأنها لا تتدخل فيما كان من سلطة قاضى الموضوع الفصل فيه نهائيا وبأن مراقبتها تنحصر فى إبراز أخطاء التكييف والتطبيق القانونيين .

إقرأ هذا الحكم مبتدئاً من الوجه الثامن الخاص بواقعتى القذف والسب تجده يقرر أولا « أنه لا شبهة فى أن الأوراق موضوع الدعوى التى أثبتتها محكمة الجنايات بنصها فى حكمها وهى . . . . تشتمل على مطاعن بأمور يعاقب عليها القانون ، كما لا شبهة فى أن نشر تلك الأوراق فى صحيفة الضياء ذلك النشر الذى أثبته أيضاً الحكم المطعون فيه يجعل ما وقع قذفاً علنيا مما نص عليه فى المادة ٢٦١ عقوبات ويجعل فاعله مستحقا للعقاب بمقتضى المادة ٢٦٢ ، ولا فى أن بين المقذوف فى حقه اثنين من الموظفين العموميين هما . . . . . والفقرة الثانية من المادة ٢٦١ تعفى القاذف فى حق الموظفين متى توفرت شروط منها سلامة نية القاذف ومنها وجوب إثباته لكل أمر قذف به » ثم يقول « فالبحث فى هذا الوجه يقتضى معرفة ما إذا كان الحكم إذ برأ المتهمين من تهمة القذف هذه قد لاحظ هذين الشرطين وقدر توفرهما بالمعنى الذى يقصده القانون أم لا » .

ألا ترى محكمة النقض تستعرض واقع الدعوى كما ثبت بالمنشور وبالحكم المطعون فيه وتستعرض القواعد القانونية التى يجب تطبيقها ، ثم تبحث بعد ذلك

---

(١) طعن النيابة وسعادة علام باشا رقم ١٤٤٤ سنة ٢ قضائية (مجموعة القواعد القانونية ج ٢ رقم ٣٤٢) .

فيما إذا كان الحكم قد أخطأ فى تكييف الواقع فى الدعوى بحكم القانون .

إقرأ فيه بعد ذلك كيف استظهر أن معنى سلامة النية هو أن يكون موجه الانتقاد يعتقد فى ضميره صحته ، وأن يكون قدر الأمور التى نسبها إلى الموظف تقديراً كافياً وأن يكون انتقاده لمصلحة عامة لا بسوء قصد ، وكيف أوجب على قاضى الموضوع عند بحثه فى توافر هذا الشرط أن يفهمه على ذلك المعنى وإلا وقع حكمه تحت رقابة محكمة النقض من جهة خطئه فى تأويل القانون وتفسيره . ثم اقرأ قوله : « ولا يجوز فى هذه الحالة أن يقال إن مسألة حسن النية وسوئها أمر متعلق بالموضوع مما يختص به قاضيه وحده ، إذ المسألة متعلقة بماذا يجب قانوناً على القاضى أن يثبته ،لا بصحة الأمر المادى الواقعى الذى أثبته وعدم صحته ، فهى مسألة قانونية بحتة » .

وعلى هـذا المنوال أخذت محكمة النقض تراقب التكييف فأوردت ما جاء بالحكم المطعون فيه متعلقاً بذلك ، ثم قالت « وبما أن الذى يستخلص من عبارة محكمة الجنايات بشأن فلان أنها تجزم بسلامة نيته ، وأنها لا تقبل دليل النيابة على سوء النيـة للاعتبارات التى ذكرتها . . . . وبما أنه بقطع النظر عن أن محكمة الجنايات حين قدرت أن فلاناً كان حسن النية فى نشر خطاب فلان باشا قد أخذت بقوله قضية مسلمة ، وبقطع النظر عن قبول ما قاله من أنه عند النشر كان يعتقد فى ضميره صحته ، وبقطع النظر أيضاً عما قد يفهم من عباراتها من أن فلاناً قدر المطاعن التى يحتويها هـذا الخطاب تقديراً كافياً على الرغم من تأكيد رئيس الحكومة له (وهو صاحب الشأن فيه) أنه مزور ومن تحذيره إياه من نشره — بقطع النظر عن ذلك ، لكونه جميعاً تقديراً موضوعياً فى بعض العناصر التى تتكون منها سلامة النية ، فإن العنصر الثالث وهو أن يكون الانتقاد للمصلحة العامة قد أغفلته محكمة الجنايات إغفالا تاماً فى عباراتها المذكورة فيما تقدم » .

ثم بحثت فيما توجبه المصلحة العامة فى موضوع خطاب فلان باشا وقالت إن كل

ما توجبه هذه المصلحة إنما هو السعى فى تحقيقه تحقيقاً قانونيا بمعرفة الجهة المختصة وهذا الغرض يتم بتقديم البلاغ المشتمل على هـذا الخطاب إلى النيابة لتحقيقه ، ولذلك كان نشر الخطاب بصورته الزنكوغرافية بالرغم من قيام هذا البلاغ غير مراد به أية مصلحة بل هو لمجرد التشهير ، و إذن يكون العنصر الثالث من عناصر حسن النية منتفياً انتفاء لا ريب فيه .

ثم لخصت المحكمة ما قالت بهذا الصدد فقالت « و بما أنه يبين من ذلك جميعاً أن ما فهمته محكمة الجنايات من عبارة سلامة النية وما جرت عليه فى التدليل على قيامها ، كل هـذا لا يتحقق به المعنى القانونى لهذه العبارة ، و يحق لمحكمة النقض أن تصحح خطأ محكمة الموضوع وتقرر بأن سلامة النية غير حاصلة فيما اجترحه فلان مما هو موضوع تهمة القذف المسندة إليه والتى تناول الحكم المطعون فيه ذكر وقائعها وسلم بثبوتها » . و بهذا الأسلوب بحثت المحكمة عن توافر أركان تهمة السب والقـذف المنسوبة لمتهم آخر وعن عدم توافرها فأوردت أسباب الحكم المطعون فيه وأظهرت ما فيها من خطأ فى تكييف واقع الدعوى بركن الاسناد ثم بركن سلامة النية بعد تعريف هذين الركنين تعريفاً قانونيا ، وانتهت بتصحيح هذا الخطأ و بالقضاء بنقض الحكم المطعون فيه .

(٤) وقد استهلت محكمتنا حكمها الذى أصدرته فى ٢٧ فبراير سنة ١٩٣٣[١] بإيراد قاعدتها التى تعمل وتزمع العمل بها فقالت « و بما أنه يجب التنويه بادئ الرأى عند بحث هذا الطعن بأن القضاء قد استقر على أن لمحكمة النقض والإبرام فى جرائم النشر حق تقدير مرامى العبارات التى يحاكم عليها الناشر من ناحية أن لها بمقتضى القانون تعديل الخطأ فى التطبيق على الواقعة بحسب ما هى مثبتة فى الحكم . وما دامت العبارات المنشورة هى هى بعينها الواقعة الثابتة فى الحكم

(١) فى طعن جريدة الجهاد رقم ١١١٦ سنة ٣ قضائية (مجلة القانون والاقتصاد س ٣ ص ١٣٩ وما بعدها) .

صح لمحكمة النقض تقدير علاقتها بالقانون من حيث وجود جريمة فيها أو عدم وجودها ، وذلك لا يكون إلا بتبيين مناحيها واستظهار مراميها » . ثم أثبتت المقالين المنشورين بالجريدة ثم عرفت الاهانة بأنها « كل قول أو فعل يحكم العرف بأن فيه ازدراء أو حطاً من الكرامة فى أعين الناس وإن لم يشمل قذفاً أو سباً » ثم نظرت المقالين فقالت « إن مناحيهما ومؤداهما الذى تكشف عنه بعض عباراتهما هو رمى أعضاء البرلمان واللجنة البرلمانية التى نيط بها بحث مشروع جبل الأولياء بأنهم قوم لا ضمير لهم ولا عواطف ، وأنهم فى سبيل بقاء الوزارة القائمة فى الحكم يضحون بمصلحة وطنهم لكى يعيشوا فى ظل تلك الوزارة غير مبالين بما يجنون بفعلتهم على الأجيال المقبلة — هذا هو منحى المقالين غير محتمل المكابرة ، ولا عبرة بالجمل الإنشائية التى جاء بها الكاتب عند ما أورد بعض الجمل البينة الإهانة بصيغة الاستفهام ، فإن السياق ينم على أن التساؤل لم يكن إلا تساؤل توكيد وتوبيخ . على أن المداورة فى الأساليب الإنشائية بفكرة الفرار من حكم القانون لا نفع فيه للمداور ما دامت الاهانة تتراءى للمطلع خلف شعارها وتستشفها الأنفس من خلالها . إنما تلك المداورة مخبثة أخلاقية شرها أبلغ من شر المصارحة فهى أحرى منها بحكم القانون » . ثم قالت « وإن إسناد هذه المثالب لأعضاء هيئة نظامية وتجريدهم من الإخلاص لوطنهم فى سبيل منافعهم أو إرضاء شهواتهم الحزبية لا شك أنه يحط من كرامتهم فى أعين الناس ويجرح شرفهم ويؤذى نفسهم » . ومجمل ما قالت فى هذا الصدد هو أن ما ورد بالمقالين المنشورين يدخل فى عموم معنى الاهانة المنصوص عليها فى المادة ١٥٩ من قانون العقوبات .

(٥) وفى حكمها الذى أصدرته فى ٢٤ أبريل سنة ١٩٣٣[١] بنقض الحكم المطعون فيه قد ابتدأته بنشر المقال المتضمن للتهمة ثم ذكرت أن محكمة الجنايات

(١) فى طعن النيابة رقم ١٤١٨ سنة ٣ قضائية

قد حكمت بالبراءة اعتباراً بأن تعرض المتهم للموضوع الذى كتب فيه إنما كان على أثر ما نشرته جريدة المقطم من أن أحد أعضاء مجلس النواب وجه بالمجلس سؤالا إلى وزير . . . . . يستفهم فيه عما إذا كان مساهماً فى شركة . . . . . وهل يجوز أن يكون مساهماً فيها مع أنها تحت إشرافه .... واعتباراً أيضاً بأن عبارات المقالات قد يفهم منها جنوح المتهم إلى إقناع القارئ بصدق ما اتهم بإسناده إلى الوزير .. إلا أن مرجحات هذا الفهم تتعارض مع ما دلت عليه ظروف الدعوى من أن المتهم تعرض للتعليق على هذا السؤال قبل علمه بالتكذيب الذى صرح به رئيس الوزراء فى بيانه الذى رد به فى المجلس على السؤال . . . . . تقول محكمة الجنايات هذا ثم تردفه بقولها ان هذا يؤيد أن البواعث التى دفعت المتهم إلى ذلك التعليق كانت مبنية على حسن القصد الذى قد يسوق صاحبه إلى التعبير عن غرضه فى مثل هـذا المقام بعبارات يمكن حملها على تعريضات غير مقصودة . . . وبعد أن لخصت وجوه الطعن المقدمة من النيابة وما أجاب به المتهم عليهـا قالت « إنه متى أثبت حكم ما صدر فى جريمة نشر أن المتهم نشر فعلا العبارات التى يؤاخذ بسببها كانت هذه العبارات هى هى نفس الواقعة المعزوة إلى المتهم والمثبتة بالحكم ، ولا تستطيع محكمة النقض أن تفصل فيما إذا كان قانون العقوبات يتناولهـا أو لا يتناولهـا وهل طبق عليها تطبيقاً صحيحاً أم لا — لا تستطيع ذلك إلا إذا فحصتها وتعرفت ما فيها من الدلالات اللغوية وما لها من المرامى القريبة أو البعيدة . ومن أجل ذلك فلمحكمة النقض دائماً حق فحص تلك العبارات للغرض المتقـدم الذكر وتقديرها فى علاقتها مع القانون التقدير الذى تراه مهما يكن رأى محكمة الموضوع فى دلالتها وعلاقة هذه الدلالة بالقانون .... » ثم قالت ردا على ما دفع به المحامى عن المتهم من أن قاضى الموضوع فصل فى أمر الاسناد بعدم وجوده وأن فصله فيه نهائى لا معقب عليه لمحـكمة النقض — قالت هى ردا على ذلك « ان لها الحق فى تقدير القول أو الـكتابة التى هى موضوع الدعوى والتى أثبتها الحـكم

لمعرفة توافر الإسناد فيها وعدم توافره » ثم قالت « إن محكمة الجنايات مع ذلك لم تستبعد الاسناد بل إن حكمها على العكس من ذلك بدأ بقوله إن عبارات المقالات قد يفهم منها جنوح المتهم إلى إقناع القارئ بصدق ما اتهم بإسناده إلى الوزير إلا أن مرجحات هذا الفهم تتعارض الخ . . . . فالحكم بهذا أفاد إفادة صريحة أن تلك العبارات قد تفيد بمدلولها اللغوى جنوح المتهم إلى إقناع القارئ بصدق ما اتهم بنسبته إلى الغير وأن لهذه الإفادة مرجحات . . . . . أما ما ذكره حكم محكمة الجنايات بعد من أن مرجحات هذا الفهم تتعارض مع ما دلت عليه من ظروف الدعوى . . . . ما ذكره هذا الحكم من ذلك وما رتب عليه من سلامة نية المتهم . . . . . كل ذلك ظاهر أن فيه انتقال نظر إذ دلالات العبارات لا تتغير بالزمان ولا بالمكان ولا بظروف الأحوال بل هى هى واحدة سواء أكان واضعها وضعها من قبل التكذيب أو من بعده ومن قبل علمه بما ينفى دواعى الانتقاد أو من بعده وسواء أكان قالها سهواً أو خطأً أو عمداً بسلامة النية أو بسوء قصد ، إذ لا شيء من ذلك يتعارض مع مفهومها الذى أشارت إليه محكمة الموضوع ، بل كل هذا بحث فى البواعث والدوافع ، فهو فى واد ومفهوم العبارات الذى أشارت إليه المحكمة فى واد . يبقى إذن أن المحكمة لم تورد على أصل عبارتها أدنى ما يتعارض معها ، وبقيت تلك العبارة على حالها ما دام ذلك الذى قالت إنه تعارض راجعاً كله إلى سلامة النية وهى شيء آخر إن صح فله حكمه القانونى وهو رفع العقاب على الاسناد لا إزالة الاسناد . . . . . . وبقطع النظر عما أشارت إليه محكمة الجنايات وبقطع النظر عما إذا كان المتهم نشر مقاله الثانى قبل علمه بالتكذيب الذى أدلى به رئيس الوزراء بمجلس النواب فى مساء ٢٣ فبراير — بقطع النظر عن ذلك فإن أى مطلع على المقالات الثلاثة المذكورة يفهم منها بطريقة لا ريب فيها أنه يحاول جاهداً أن يقنع قراءه بأن فلاناً الوزير وغيره من وزراء الدولة يحابون شركة .... فى نظير أسهم امتلكوها ...... ففعلة

المتهم هى قذف واضح ، ولا يعفيه من العقاب إلا أن يكون من جهة أثبت صحة ما قذف به وأن يكون من جهة أخرى حسن النية كما هو مقتضى الفقرة الثانية من المادة ٢٦١ عقوبات » ثم قالت « والمتهم لم يثبت ولم يطالب أن يثبت واقعة القذف المتهم هو بها ، بل هو أقر لديها بما يفيد عجزه . . . ومع عدم تحقق شرط إثبات صحة النسب القذفية لا محل للخوض فى مسألة نية المتهم سليمة كانت أو غير سليمة ، إذ هـذا البحث غير منتج ما دام القانون يستلزم توفر الشرطين معاً للاعفاء من العقاب » وانتهت إلى القول بأنه لجميع ما تقدم تكون التهمتان المسندتان إلى المتهم متوافرة أركانهما القانونية .

١١٧ — والآن وقد انتهينا من إيراد ما جرت عليه محكمتا النقض الفرنسية والمصرية فى تكييف جرائم النشر يحسن بنا أن نقارن مذهبيهما بما قلناه فى التكييف بوجه عام ، فنقول إن محكمة النقض الفرنسية لم تخطئ يقيناً فى تعريف التكييف ولا فى اعتبار أن الاجتهاد فيه هو اجتهاد فى القانون و إنما قد أخطأت حيناً — متأثرة بمذهب الرئيس (باريس) فى تقسيم الجرائم إلى جرائم قد عرفها القانون و إلى جرائم لم يعرفها القانون — فتركت رقابة التكييف فى هذه الجرائم غير المعرفة لقاضى الموضـوع واحتفظت بحقها فى مراقبة التكييف فى الجرائم المعرفة ، وقد كان مقتضى هذا النظر أن لا تتدخل فى تكييف جرائم النشر التى لم يعن قانون المطبوعات بتعريفها وتعريف عناصرها ، ولـكن لأهمية هذه الجرائم ولأن فهم الواقع فيها يحصله قاضى الموضوع بايراد ما ينشر علناً من القول والصور والرموز والرسوم ، قد رأت أن تعتبر التكييف فيهـا مسألة قانونية ، فاشترطت أن لا يكون قاضى الموضوع قد حصل فهمه إلا مما نشر علناً وكان وحده هو جسم الجريمة ، ولهذا قد رأيت أن مذهب محكمة النقض الفرنسـية فى التكييف يقوم على التفرقة بين عناصر التهمة التى يحصل قاضى الموضوع فهمه فيها من إيراد ما نشر علناً ثم يكيفه بحكم القانون و بين عناصر التهمة التى يحصل بعضها من مصدر خارج

عن المنشور علناً ثم يكيفه فيكون التكييف فى هذه الحالة موضوعياً لا رقابة عليه لمحكمة النقض . وقد بيّنا من قبل ما فى مذهب الرئيس (باريس) من خطأ وما فى مذهب محكمة النقض من خطأ فى التكييف فى جرائم النشر ، وأنه يجب أن تكون الرقابة عليه لمحكمة النقض فى كل حال بدون تفريق .

أما مذهب محكمتنا المصرية فقد رأيت أنها ابتدأت بنقله عن محكمة النقض الفرنسية (حكم ٢٣ نوفبر سنة ١٨٦١) ثم أخذت تقيمه على أساس آخر محصله أن العبارات المنشورة هى الواقعة الثابتة فى الحكم ، وأن محكمة النقض إذ هى تختص بمقتضى المادة ٢٢٩ من تحقيق الجنايات بتعديل الخطأ فى تطبيق القانون يكون لها تقدير علاقة هذه العبارات بالقانون من حيث وجود جريمة فيها أم لا ، ولا يتيسر لها ذلك إلا بتبين مناحيها واستظهار مراميها ؛ فإذا لاحظتَ أن قولها « لمحكمة النقض تقدير علاقة هذه العبارات بالقانون من حيث وجود جريمة فيها أم لا » هو معنى التكييف عندنا ، وهو يسبق تطبيق القانون ، تبين لك أن محكمتنا المصرية تعتبر التكييف فى جرائم الصحف اجتهاداً فى القانون يدخل فى رقابة محكمة النقض . وإذا وقع لك من أحكامها ما يوهم أنها تتولى الرقابة على تفسير عبارات المقال فاحمله على أنها إنما تريد فقط مراجعة المقال وتفحص عباراته وتبين مراميه لمعرفة ما إذا كان ما احتواه قد توافرت أو لم تتوافر فيه العناصر المكونة للجريمة المنسوبة للمتهم ، لا على أنها قد أرادت مشاركة قاضى الموضوع فى تفسير الغامض من عبارات المقال ... الخ أو مشاركته فى حقه فى العدول عن المعنى المتبادر للفهم إلى معنى آخر محتمل يعضده فيه دليل قد بينه فى أسباب حكمه .

الفصل الرابع

ما يقبل ومالا يقبل من الأسباب أمام محكمة النقض

---

١١٨ — تمهيد : أجازت المادة ٣٦٩ (مرافعات) للخصوم فى الاستئناف إبداء أدلة جديدة[(١)] لإثبات الدعوى أو نفيها ، وحظرت عليهم المادة ٣٦٨ تقديم طلبات جديدة غير التى تكون قد أبديت أمام محكمة الدرجة الأولى . وقد اصطلح فقهاء القانون على أن الطلبات تعتبر جديدة فى باب الاستئناف إذا كانت تختلف عن الطلبات التى أبديت أمام محكمة الدرجة الأولى من حيث موضوعها أو سببها أو خصومها أو صفات هؤلاء الخصوم ، كما اصطلحوا على أن المراد بالأدلة الجديدة وجوه الدفع ووسائل الدفاع التى لا تغير موضوع الدعوى ولا سببها ولا خصومها ولا صفات الخصوم ، مما يشمل الوقائع الجديدة والأدلة والحجج والمستندات التى تؤيد أو تدحض طلبات الخصوم ومزاعمهم ودفاعهم . وقد أجيز للمدعى عليه — تمييزاً له عن المدعى — أن يتمسك فى الاستئناف بكل الدفوع الموضوعية أو الشكلية التى لم يتمسك بها أمام محكمة الدرجة الأولى (مالم تكن من نوع ما يسقط الحق فيه بسبب عدم إبدائه قبل ماعداه من أوجه الدفع الابتدائية أو قبل التكلم فى الموضوع كالدفع بعدم الاختصاص المتعلق بمحل الإقامة والدفع ببطلان أوراق المرافعات) فيجوز له الدفع فى الاستئناف بانتفاء الصفة أو بانقضاء حق المدعى بالوفاء أو المقاصة القانونية أو الإبراء أو الاستبدال أو مضى المدة ،

---

(١) يقابل هذا اللفظ فى الطبعة الفرنسية لفظ (moyens) وقد استعمل العشماوى بك للدلالة على هذا المعنى عبارة « وسائل الدفاع » واستعمل أبوهيف بك عبارة « أوجه الدفاع » .

ويجوز كذلك للمدعى وللمدعى عليه الطعن فى الأوراق بالإنكار والتزوير[١].

١١٩ — وليس لدينا نص فى قانون إنشاء محكمة النقض يحدد لنا ما يجوز إبداؤه لأول مرة أمام هـذه المحكمة من الطلبات ووجوه الدفاع الجديدة . ومع ذلك فإن مثل هذا الخلو فى القانون الفرنسى لم يمنع من إجماع الفقه والقضاء على القول — بصفة عامة — بعدم جواز إبداء طلبات جديدة أو أوجه دفاع جديدة[٢-٣] (moyens nouveaux) .

ويقوم هذا الحظر عندنا ، كما قام فى الفقه الفرنسى ، على أن الطعن بطريق النقض لا يمكن اعتباره أنه امتـداد للخصومة الأولى ولا أنه درجة من درجات التقاضى حتى يصح أن يكون للخصوم فيه من الحقوق والمزايا ما كان لهم أمام محكمتى الدرجة الأولى والثانية من تقـديم طلبات أو أوجه دفاع جديدة لم تكن قد عرضت من قبل على كلتا المحكمتين . إنما الطعن خصومة خاصة حرم فيها القانون على محكمة النقض إعادة نظر الموضوع للفصـل فيه من جديد ، وجعل مهمتها مقصورة على القضاء فى صحة الأحكام الانتهائية من قبل أخذها وعدم أخذها بحكم القانون فيما يكون قد عرض على محكمة الموضوع من الطلبات وأوجه الدفاع . وكذلك يقوم هذا الحظر على أن القانون لم يجز الطعن فى الأحكام إلا إذا كانت مبنية على مخالفة للقانون ، ولا سبيل للنعى على حكم بمخالفة القانون إلا فيما يكون قد أبدى من وجوه الدفاع أمام المحكمة التى أصدرته[٤] . ومتى كان على محكمة

---

(١) العشماوى جـ ٢ ص ٦٦٢ و ص ٦٦٣ ومذكرات دروسـنا فى المرافعات المدنية والتجارية س ١٩٣٦ — ١٩٣٧ ص ٦٣٢ إلى ٦٣٥ .

(٢) جارسونيه جـ ٦ فقرة ٣٨٠ ص ٦٦٧ وما بعدها وهوامشها ، وكريبون جزء ٢ ص ٢٠٠ وجلاسون وتيسيه (طبعة ثالثة) جـ ٣ فقرة ٩٥٧ ص ٤٨٦ وما بعدها وفاى فقرة ١٢٣ وما بعدها ، والأحكام المذكورة فى شتى الموسوعات .

(٣) وهو مجمع عليه كذلك فى الفقه والقضاء فى بلجيكا (سيمونيه فقرة ١٤٧) .

(٤) ولعل أحسن ما وضعت فيه نظرية عدم قبول الأسباب الجديدة بصيغة مضبوطة هو حكم محكمة النقض الفرنسية فى ٢٣ نوفبر ١٨٥٢ (د ٥٢ — ١ — ٣٢٤) الذى جاء فيه =

النقض ألا تنظر القضية إلا بالحالة التى كانت عليها أمام محكمة الموضوع ، تعين عليها — بوجه عام — ألا تقبل من طاعن مّا طلباً جديداً أو وجه دفاع جـديد لم يسبق عرضه على المحـكمة التى أصدرت الحـكم المطعون فيه[1] . ولهذا فلا فائدة ترجى — فى سبيل تعيين ما يقبل وما لا يقبل إبداؤه أمام محكمة النقض — من تلك التفرقة التى أقاموها فى باب الاستئناف بين الطلبات الجديدة والأدلة الجديدة .

الفرع الأول

ما يعتبر أسباباً جديدة

وإذن فيعد سبباً جديداً يجب ألا تقبله محكمة النقض :

١٢٠ — أولا — كل طلب يختلف عن الطلبات التى أبديت أمام محكمة الموضوع من حيث موضوعها أو سببها أو خصومها أو صفات هؤلاء الخصوم . فليس لمن ادعى بطلان عقـد أن يتمسك أمام محكمة النقض بسبب من أسباب الفسخ ، ولا لمن طلب فسخ بيع لاستحقاق بعض المبيع أن يستبدل بهذا الطلب طلب الحـكم بإلزام البائع بالتضمينات (المادتان ٣١١و٣١٢ من القانون المدنى) . ومن بنى دعواه على انعدام الرضا بالبيع مثلا لا يصح أن يبنى طعنه على عدم انعقاد البيع لصدوره فيما لا يجوز التبايع فيه ، أو على أن المبيع كان معجوز التسليم بحسب طبعه (المـادة ٢٥٩ مدنى) . ومن طالب بملـكية عقار اشتراه أو ورثه لا يجوز له أن يطعن فى الحـكم بزعم أنه قد تملـكه بمضى المدة الطويلة .

= " La cour de cassation est instituée seulement pour apprécier sur le rapport du droit, les arrêts ou les jugements .....; qu'on ne peut donc devant elle présenter des moyens nouvaux, mais seulement apprécier la solution légale qui a été donnée aux moyens débattus devant les prémiers juges."

(١) مهما تكن أهمية وجه الطعن وخطورة المسألة القانونية التى يثيرها (جارسونيه فقرة ٣٨٣ ص ٦٦٩) .

ومن وجه طلباً فى الدعوى إلى خصم لا يصح له أن يوجه طعنه فى الحكم الصادر فيها إلى غيره . ومن ادعى حقا بصفة لا يجوز له الطعن فى الحكم متصفاً بصفة أخرى[١] .

ويشهد لهذه القاعدة تطبيقات كثيرة من أحكام محكمة النقض الفرنسية . منها أنها قضت بأن من طلب إلزام المحجوز لديه بدفع دين الحاجز لعدم قيامه بواجب التقرير بما فى ذمته للمحجوز عليه غشا منه وتدليساً (المادة ٥٧٧ مرافعات فرنسى المطابقة للمادة ٢٤٩ مرافعات أهلى) لا يجوز له — متى قضت محكمة الاستئناف برفض دعواه مصرحة بأن المحجوز لديه لم يكن قط غاشا ولا مدلساً — أن يطعن فى حكمها بزعم أنه كان يتعين عليها أن تقضى له بالتضمينات التى ترتبت على تأخير المحجوز لديه فى الإقرار بما فى ذمته وعلى تسليم المال المحجوز لوصى تركة المحجوز عليه[٢] . ومنها أنها قضت بأن من طلب الحكم برد ضريبة بدعوى أنها حُصِّلت منه بغير حق ، وبفوائدها ، فقضت له محكمة الدرجة الأولى بأحقيته فى الرد وبرفض طلب الفوائد ، ثم اكتفى لدى المرافعة فى الاستئناف المرفوع عليه بطلب تأييد الحكم المستأنف ، لا يجوز له أن يطعن فى حكم محكمة الاستئناف بمخالفته للقانون من حيث عدم القضاء له بالفوائد المطلوبة[٣] .

ومما قضت به محكمتنا أن من طلب إبطال عقد بيع بدعوى أنه هبة محررة بعقد عرفى ، لا يجوز له — بعد أن سلم له خصمه بالبطلان متمسكا بوضع اليد المدة الطويلة وناقشه هو فى ذلك — أن يبنى طعنه أمام محكمة النقض على صورية الهبة ، لأن الصورية دفع جديد مغاير كل المغايرة لطلب البطلان بسبب شكل العقد ، فلا سبيل لطرحه لأول مرة أمام محكمة النقض[٤] .

(١) ن . م . م ١٤ نوفبر سنة ١٩٣٥ (القانون والاقتصاد س ٦ رقم ١٠ ص ٤٣)
(٢) ٣ مايو ١٨٩٢ (س ٩٢ — ١ — ٥٦٤)
(٣) ١٠ مايو ١٨٩٢ (س ٩٢ — ١ — ٥٧٧)
(٤) ن . م . م ٢ مارس سنة ١٩٣٣ (القانون والاقتصاد س ٣ رقم ١٠٤ والمحاماة س ١٣ رقم ٤٩١ ص ٩٩٤)

١٢١ — (ثانياً) كل ما لم يبده المدعى — مستأنفاً أو مستأنفاً عليه — أمام محكمة الاستئناف من الطلبات الجديدة التى أجاز له القانون إضافتها إلى الطلب الأصلى بمقتضى نص المادة ٣٦٨ مرافعات (وهى ما استجد من الأجر والفوائد والأرباح وما يتبع الطلب الأصلى من وقت تقديم آخر الطلبات فى المحكمة الابتدائية وما زاد من التعويضات من وقت الحكم المستأنف).

١٢٢ — (ثالثاً) كل ما لم يبده المدعى عليه — مستأنفاً أو مستأنفاً عليه — أمام محكمة الاستئناف من الطلبات التى كان يجوز له إبداؤها أمامها لأول مرة، دفعاً للدعوى الأصلية (كتعبير القانون الفرنسى)[١].

١٢٣ — (رابعاً) كل ما لم يعرض على المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه من وجوه الدفاع التى تؤيد طلبات صاحبها أو دفوعه، أو تدحض طلبات خصمه أو دفوعه، سواء أكان رافع النقض مدعياً أم مدعى عليه[٢]،

(١) إن القانون الفرنسى بعد أن نص فى المادة ٤٦٤ مرافعات على عدم جواز تقديم طلبات جديدة فى الاستئناف قد استثنى من هذه الطلبات طلب المقاصة والطلبات الجديدة التى لم تكن فى الواقع إلا دفعاً للدعوى الأصلية فقال : « à moins qu'il ne s'agisse de compensation ou que la demande nouvelle ne soit la défense à l'action principale » . وقد عرف جلاسون وتيسيه هذه الطلبات بأنها الطلبات التى تقتضى بطبيعتها تغيير ما يصدر به الحكم واستبعاد طلبات المدعى كلها أو بعضها . وقد مثلا لها بالطلبات المشار إليها فيما ذكراه من أحكام محكمة النقض بالهامش رقم ١ (جـ ٣ ص ٣٨٠) . وظاهر أن القانون المصرى لا يجيز تقديم هذه الطلبات أمام محكمة الاستئناف (قارن بين المادة ٤٦٤ فرنسى و٣٦٨ أهلى)

(٢) ريرتوار دالوز فقرة ١٨٠٤

ومن المفيد لإدراك الفرق بين مركز المدعى ومركز المدعى عليه فى الطلب والدفع أن نضرب لك المثل الآتى : بيع عقار أجل تسليمه مع وجوب دفع ثمنه حالا . فاذا فرضت أن المشترى طالب بالتسليم بعد حلول أجله وأن البائع دفع الدعوى بعدم قيام المشترى بدفع الثمن فى الحال، فانه يجوز للبائع أن يدفع الدعوى فى الاستئناف بانفساخ البيع لعدم دفع الثمن . وأما إذا فرضت أن البائع هو الذى رفع الدعوى وأنه طلب الحكم ببطلان البيع لسبب من أسباب البطلان، فانه لا يجوز له فى الاستئناف أن يطلب فسخ البيع لعدم قيام المشترى بدفع الثمن لمغايرة هذا الطلب لطلبه الأصلى فى الدعوى . وهكذا ترى أن المدعى إذا أقام طلبه الأصلى فى الدعوى أمام محكمة الاستئناف على سبب آخر غير سببه الأول فان طلبه يعتبر جديداً لا يجوز له إبداؤه، أما المدعى عليه فانه إذا دفع الدعوى بدفع جديد وظل يطلب الحكم برفض الدعوى فان طلبه لا يعتبر جديداً =

وسواء أشهد الخصومة أم كان غائباً عنها [١] .

فلا يصح الدفع لأول مرة أمام محكمة النقض بالمقاصة القانونية [٢] أو بالقوة القاهرة المبرئة من الدين [٣] أو بقوة الشيء المحكوم به [٤] أو بالتقادم أيا كانت مدته ، ولا دفع التقادم بأحد أسباب انقطاع المدة أو وقفها [٥] . ولا يجوز الطعن كذلك بانتفاء الصفة أو بأن الدعوى رفعت باسم إنسان توفى قبل رفعها [٦] ، أو بأن دعوى من دعاوى التفليسة لم ترفع على وكيل الدائنين [٧] ، أو بأن المدعى ليس له دعوى مباشرة قبل خصمه [٨] ، أو بأنه كان فضوليا فى الدعوى غير وكيل

= وقد يكون مقبولا ولو تغير سببه — وهذه الميزة التى يتميز بها المدعى عليه عن المدعى فى الاستئناف روعى فيها ما يقتضيه مركز المدعى عليه من وجوب إطلاق الحرية له فى دفع الدعوى بما يستطيع فى كل آن . ولم يقل قائل إن المدعى عليه إذا انقلب طاعناً بالنقض فى الحكم الصادر من محكمة الاستئناف يجوز له أن يطعن بما كان يجوز له إبداؤه لأول مرة أمامها ، ولهذا فلا فرق بين الطلبات والدفوع ووسائل الدفاع التى كان يجوز للمدعى عليه إبداؤها أمام محكمة الاستئناف ، لأنها جميعاً تعتبر أسباباً جديدة فى النقض إذا لم تكن أبديت أمام المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه .

(١) ربرتوار دالوز فقرة ١٨٧٢

(٢) ن . ف ٥ نوفمبر سنة ١٩٠١ (د ٩٠٢ — ١ — ٩٢) و ن . م . م ١٧ مايو سنة ١٩٣٤ (القانون والاقتصاد س ٤ رقم ٤٩ ص ١٥٣ والمحاماة س ١٥ ق ١ رقم ٣ ص ٩)

(٣) ن . ف ١٥ يوليه سنة ١٩٠٩ (د ٩١٠ — ١ — ٤٦٦)

(٤) ربرتوار دالوز فقرة ١٨٧٩ وما بعدها وجارسونيه ص ٦٧٠ وهامش رقم ٣ وبه الأحكام لغاية ١٩١٠ . و ن . ف ١٦ مايو سنة ١٩٣٣ (س ٩٣٣ — ١ — ٣٧٩) .

(٥) ربرتوار دالوز فقرة ١٩٠١ وما بعدها وجارسونيه ص ٦٧٠ وهامش رقم ٢ وبه الأحكام لغاية سنة ١٩٠٩ و ن . ف ١٤ فبراير سنة ١٩٢٣ (د ٩٢٣ — ١ — ١٤) . لكن الدفع بقوة الشيء المحكوم به فى المواد الجنائية معتبر أنه من النظام العام ويصح إبداؤه لأول مرة أمام محكمة النقض ن . ف . ج ٢٠ فبراير سنة ١٩٣١ (س ٩٣٢ — ١ — ٧٣) وتعليق هوجنيه ، وكذا الدفع بسقوط الحق فى رفع الدعوى العمومية ن . ف . ج ١٩ يوليه سنة ١٩٣٠ (س ٩٣٢ — ١ — ١١٤)

(٦) ع . ف ٢٢ يونيه سنة ١٨١٤ وأشير إليه فى ربرتوار دالوز فقرة ١٩٠٩/٥

(٧) ع . ف ٨ أغسطس ١٨٦٣ (د ٦٤ — ١ — ٣٩) .

(٨) ربرتوار دالوز فقرة ١٨٩٥

فيها أو بعكس ذلك[١] ، أو بأن لا مصلحة له[٢] ، أو بأن وصى القاصر لا يملك الاعتراف على محجوره بصحة توقيع مورثه المتوفى على سند الدين[٣] ، أو بعدم جواز تجزئة الاعتراف[٤] ، أو بوجوب إحالة الدعوى على محكمة أخرى مرفوعة إليها تلك الدعوى أو دعوى ثانية مرتبطة بها[٥] .

ولا يصح التمسك كذلك ببطلان حجز ما للمدين لدى الغير لعدم اشتمال ورقته على البيانات الواجب ذكرها بنص المادة ٤١٥ مرافعات أو لعدم إعلانها للمحجوز عليه أو لعدم جواز الحجز على ما حجز عليه (المادة ٤٥٤ مرافعات) ، ولا ببطلان بيع العقار بالمزايدة الثانية على ذمة الراسى عليه المزاد لعدم تكليفه بوفاء شروط البيع (المادة ٦٠٧ مرافعات) . ولا يجوز لطاعن أن يبنى طعنه على وجوب استبعاد ما قدمه خصمه من المراسلات الخاصة زاعماً أنها سرية لا يصح إفشاء ما فيها بعد أن لم ينازع فى تقديمها وعرضها على المحكمة[٦] ، ولا أن يدعى عدم جواز إبداء ما قدمه خصمه فى الاستئناف من الطلبات الجديدة[٧] ، ولا عدم صحة الاستئناف الفرعى الذى رفعه مستأنف عليه على مستأنف عليه آخر[٨] ، ولا بطلان مشارطة التحكيم بسبب خلوها من ذكر أسماء المحكمين[٩] ، ولا عدم قبول المعارضة لرفعها بعد الميعاد[١٠] ، ولا عدم جواز المعارضة فى الحكم

(١) ع . ف ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٠٢ (د ٩٠٢ — ١ — ٥٧٩)
(٢) ع . ف ١٧ يناير سنة ١٩٠٥ (د ٩٠٥ — ١ — ٣٢٥)
(٣) ن . م . م ١٦ يونيه سنة ١٩٣٢ (المحاماة سنة ١٣ رقم ١٢٢ ص ٢٧٤)
(٤) ع . ف ٤ يوليه سنة ١٩٠٥ (س ٩٠٦ — ١ — ٨٨)
(٥) ع . ف ٣ ديسمبر سنة ١٩٠٠ (س ٩٠٤ — ١ — ١٠) و ١٩ أبريل سنة ١٩٠٢ (س ٩٠٦ — ١ — ٢٠٣)
(٦) ن . ف ٢٣ فبراير سنة ١٨٩٨ (س ٩٠١ — ١ — ١٢٣)
(٧) ع . ف ٢٩ مايو سنة ١٩٠٢ (س ٩٠٤ — ١ — ٤٠٧)
(٨) البنديكت فقرة ١٢٢٦ و ١٢٢٧ و ن . ف ١٣ مارس سنة ١٨٣٧ (س ٨٣٧ — ١ — ٤٢٨) و ٤ يونيو سنة ١٨٩٠ (س ٨٩١ — ١ — ٧١)
(٩) ن . ف ٣ يناير سنة ١٨٤٤ (س ٤٤ — ١ — ٣٣٧)
(١٠) ربرتوار دالوز فقرة ١٩٠٨ / ٨

الصادر فى المناقضة المرفوعة فى قائمة التوزيع على حسب درجات الدائنين [١] ، إذا لم يكن قد أبدى هذه الدفوع أمام محكمة الاستئناف . ولا يصح لمن طلب تأييد الحكم المستأنف — الصادر بتعيين خبير فى الدعوى — أن يطعن بأن الحكم المستأنف كان تحضيريا لا يجوز استئنافه [٢] . ولا يصح لكفيل أن يتمسك ببراءة ذمته بقدر ما أضاعه عليه الدائن بتقصيره من التأمينات ، إذا لم يكن قد دفع بذلك أمام محكمة الموضوع [٣] و [٣] مكرر .

ومن قضاء محكمة النقض البلجيكية أنه لا يجوز التمسك أمامها لأول مرة بمخالفة الحكم المطعون فيه لقواعد الإثبات بتجويزه سماع البينة فيما لا يصح الإثبات بها قانوناً [٤] ، أو بعدم أخذه بمكاتيب لم تعرض من قبل على المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه [٥] ، ولا بعدم تسجيل العقد الناقل للملكية [٦] ، ولا بأنه قد قضى فى الدعوى بالتضمينات بغير إعذار [٧] ، ولا ببطلان إعلان أعلن للنيابة وللمعلن محل إقامة معروف [٨] .

ومما قضت به محكمتنا أن الطاعن إذا كان لم يتحدّ لدى محكمة الموضوع بتعذر الحصول على دليل كتابى بسبب قرابة يدعيها ، فلا يقبل منه الطعن فى حكمها

---

(١) ع . ف ٧ أغسطس سنة ١٨٦٠ (د ٦٠ — ١ — ٥٠٦)

(٢) ن . ف ١٨ يوليه سنة ١٩٠٤ (د ٠٧ — ١ — ٣٩) و ١٩ أبريل سنة ١٩١٣ (س ١٤ — ١ — ٧٢)

(٣) ن . ف ٧ يوليه سنة ١٨٤١ (بنديكت ١٨٤١ — ١ — ٣٦٧) والبنديكت فقرة ١٢٢٨ و ٢٤ أكتوبر سنة ١٨٨٨ (بنديكت ٨٩ — ١ — ١٣٧٠)

(٣ مكرر) راجع غير ذلك من الأمثال والشواهد فى تعليقات دالوز من فقرة ٣٤٧٢ إلى ٣٩٤١ وفى كاربنتيه من فقرة ٢٣٩٤ إلى ٢٩٠٠

(٤) ن . ب ٦ يناير سنة ١٩٢٧ (باسكريزى — ١ — ١١٩)

(٥) ن . ب ٧ فبراير سنة ١٩٢٧ (باسكريزى — ١ — ٨٣)

(٦) ن . ب ٩ يناير سنة ١٩٣٠ (باسكريزى ١ — ٥٦)

(٧) ن . ب ٢١ مارس سنة ١٩٢٢ (باسكريزى ١ — ١٦٩)

(٨) ن . ب ١٨ أكتوبر سنة ١٩٢٣ (باسكريزى ١ — ٤٩٣) وراجع باقى الأمثال والشواهد التى استشهد بها سيمونيه فى فقرة ١٥٥ لغاية ١٥٧ وهوامشها .

بأنه أخطأ إذ لم يعتبر هذه القرابة مانعة من الحصول على الدليل الكتابى[١] ؛ وأنه إذا ادعى الطاعن أن علة تأخره فى دفع باقى الثمن هى وجود عجز فى الأطيان المبيعة وأن الحكم المطعون فيه لم يرد على دفاعه هـذا ثم تبين أن الحكم لم يثبت به مثل هـذا الادعاء ولم يقدم هو من جانبه لمحكمة النقض أى دليل على حصول ادعائه بذلك لدى محكمة الاستئناف ، فادعاؤه هذا يكون من الأسباب الجديدة التى لا تقبل[٢] .

الفرع الثانى

ما يشترط فى السبب المقبول

١٢٤ — فمهما يكن إذن سبب الطعن ، طلباً أو دفعاً أو وجه دفاع ، فانه يجب أن يكون قد عرض على محكمة الموضوع . ويعتبر أنه قد عرض إذا كان الطاعن هو الذى عرضه عليها أو كانت محكمة الموضوع هى التى تعرضت له بما هو مخول لها من حق تطبيق القانون على الوجه الصحيح غير متقيدة فيه بوجهات نظر الخصوم أنفسهم .

١٢٥ — ومعنى كون وجه الطعن قد عرضه صاحبه أن يكون الطاعن هو الذى سبق له التمسك به على خصمه أمام محكمة الموضوع . فاذا وجه المدعى طلبات معينة لبعض خصومه فى موضوع قابل للتجزئة فلا يكون له أن يتمسك على غيرهم بما كان قد ذكره فى مذكرته من وجوه الدفاع الخاصة بمن وجهت إليهم تلك الطلبات ، لأنها تعتبر جديدة فى حق هذا الغير[٣] .

---

(١) ن . م . م ٣ يناير سنة ١٩٣٥ (القانون والاقتصاد س ٥ رقم ١٨ والمحاماة س ١٥ ق ١ رقم ٩٨ ص ٢٠٩)

(٢) ن . م . م ٢ مايو سنة ١٩٣٥ (القانون والاقتصاد س ٥ رقم ٥٨ ص ٢١١ والمحاماة س ١٦ رقم ٢ ص ٢)

(٣) كاربنتيه فقرة ٢٠٩٤ ، ن . ف ١٠ مارس سنة ١٨٦٨ (د ٦٨ — ١ — ٤٦٧)

١٣٦ — ومعنى كون وجه الطعن قد عرض من قبل على محكمة الموضوع أن يكون الطاعن قد تمسك به أمام محكمة الدرجة الثانية ولو دلالة أو بصورة أخرى لا تخرج النزاع فى المسألة القانونية التى يثيرها وجه الطعن عما كان عليه أمام تلك المحكمة . فمن تمسك بوجه دفاع أمام محكمة الدرجة الأولى ثم تركه أمام محكمة الدرجة الثانية فانه لا يكون له أن يتمسك به أمام محكمة النقض[1] . والمستأنف عليه إذا طلب تأييد الحكم المستأنف فانه يعتبر تاركا لما قد يكون رفضه هذا الحكم من طلباته ووجوه دفاعه ، ولذلك فلا يصح له إبداء شيء منها أمام محكمة النقض[2] . لكن للطاعن أن يتمسك بما سبق له أن أبداه من وجوه الدفاع أمام محكمة الدرجة الأولى ورفضته تلك المحكمة (ولو لم يكن قد استأنف حكمها) متى تعرضت له محكمة الاستئناف وبحثته بحثاً جديداً وخالفت فيه حكم القانون . ذلك بأنه لا يصح الاعتراض عليه عندئذ لا بجدة السبب ولا بأن الحكم الابتدائى قد اكتسب قوة الشيء المحكوم به[3]و[4] .

والمدعى عليه فى دعوى الضمان إذا حكم ابتدائيا بإخراجه منها بغير مصاريف وبرفض الدعوى الأصلية لا يكون له — إذا اقتصر على طلب تأييد الحكم

(١) جارسونيه فقرة ٣٨١ ص ٦٦٨ وهامشها رقم ٢و٣ وتيسييه ص ٤٨٧ هامش ٣ و ن . ف ٢٠ أكتوبر سنة ١٩١٣ (س ٩١٣ — ١ — ٥٤٥) فى عدم الاعتراض على الحكم المستأنف القاضى بالفوائد من يوم الحكم لا من يوم رفع الدعوى و ن . ف ٧ يناير سنة ١٩١٣ (س ٩١٣ — ١ — ٢٠٠) فى عدم الاعتراض أمام محكمة الاستئناف على التضامن المحكوم به ابتدائيا .

(٢) تيسييه ص ٤٨٨ وهامش ١ و ن . ف ١٥ يونيه سنة ١٩١٤ س ٩١٦ — ١ — ٧)

(٣) بنديكت فقرة ١١٣٥ وكاربنتيه فقرة ٢٠٨٣

(٤) ومحكمتنا قد صاغت هذه القاعدة فى حكم أصدرته فى ٢٦ أبريل سنة ١٩٣٤ بالصيغة الآتية : سبب الطعن إذا كان قوامه البحث فى قاعدة قانونية كانت قائمة فى الخصومة وتعرضت لها محكمة الاستئناف فبحثت بعض نواحيها مخالفت حكم محكمة الدرجة الأولى الذى طلب الطاعن تأييده لأسبابه فهذا السبب لا يعتبر جديداً (القانون والاقتصاد س ٤ رقم ٤٠ ص ١٠٤ والمحاماة س ١٤ ق ١ رقم ١٧١ ص ٤٩٩)

المستأنف لأسبابه — أن يتمسك أمام محكمة النقض بوجوه دفاع أخر غير التى كان استند عليها مدعى الضمان قبل المدعى الأصلى أمام المحكمة الابتدائية ، لأنها تكون حينئذ جديدة لعدم عرضها على محكمة الاستئناف[١] .

١٢٧ — على أنه لا يشترط فى وجه الطعن أن يكون صاحبه قد تمسك به صراحة أمام محكمة الاستئناف ، بل يكفى — كما أسلفنا الإشارة إليه — أن يحصل التمسك به ولو دلالة أو بصيغة عامة . ودخول سبب الطعن فى عموم ما أبداه الطاعن أمام محكمة الموضوع هو مسألة دقيقة حقا . والضابط فيها ، على ما تبين لنا من مطالعة كثير من أحكام محكمة النقض الفرنسية ، أن يصح عقلا (بدلالة المطابقة أو التضمن أو اللزوم) دخول السبب فى عموم ما أبداه الطاعن من الطلبات ووجوه الدفاع أمام محكمة الموضوع .

ومن تطبيقات محكمة النقض الفرنسية فى ذلك : أن المستأنف عليه إذا طلب تأييد الحكم المستأنف ، يعتبر أنه قد عرض على محكمة الاستئناف جميع الأسباب التى قام عليها هذا الحكم[٢] . وأن المستأنف الأصلى ، بدفاعه فى الاستئناف الفرعى المرفوع من خصمه عليه ، يعتبر أنه قد طلب احتياطيا تأييد الحكم المستأنف إذا لم يقبل استئنافه الأصلى ، وبذلك يجوز له أن يتمسك بكل وجه من وجوه الدفاع التى اعتمدت عليها محكمة الدرجة الأولى فى حكمها المستأنف ، ولو لم يكن قد تمسك به صراحة أمام محكمة الاستئناف[٣] . ومن دفع دعوى خصمه (المتضمنة طلب الحكم بإلزامه بدفع الفوائد ابتداء من يوم معين وفوائد ما تجمد منها) بأنه لا وجه لإلزامه بالفوائد إلا من يوم رفع الدعوى ، يصح له أن يطعن

(١) ن . ف ١٦ يونيه سنة ١٨٩٦ (د ٩٧ — ١ — ٤٣٣ ومقال الأستاذ سالى)
(٢) جارسونيه ص ٦٦٨ هامش ٣ و ٨ يناير ١٨٧٨ (د ٧٩ — ١ — ٤٥٧) و ١٠ أبريل ١٨٨٩ (س ١٨٩٠ — ١ — ٢٢٥ و ٢٠ فبراير ١٩٠٠ (د ١٩٠٤ — ١ — ٣٣٧)
(٣) ٢ مايو ١٨٩٤ (د ٩٤ — ١ — ٣٥٦)

بخطأ الحكم فيما قضى به من تجميد الفوائد وفى عملية تجميدها ، لأن نزاعه فى أصل استحقاق الفوائد إلا من يوم رفع الدعوى يتناول بالضرورة منازعته فى تجميد الفوائد المستحقة من يوم متقدم على رفع الدعوى[١] .

والمحجوز لديه — إذا طلب رفض الدعوى المرفوعة عليه بطلب الزامه بدفع كل الدين المحجوز من أجله ، وظل يدافع عن نفسه أمام محكمتى الدرجة الأولى والثانية بأنه ليس مديناً بشىء ما للمحجوز عليه — يقبل منه الطعن بخطأ الحكم القاضى بالزامه بدفع دين الحاجز كله ، و بأن لا وجه لإلزامه بأكثر مما ثبت بذمته من دين للمحجوز عليه ، ذلك لأن طلبه الحكم برفض الدعوى لعدم مديونيته بشىء للمحجوز عليه يمكن اعتباره متضمناً طلباً احتياطيا بعدم الحكم عليه بأكثر مما يثبت بذمته للمحجوز عليه[٢] .

ومن حكم عليه بتأييد الحكم المستأنف القاضى بالزامه بدفع قيمة كمبيالة بالتضامن مع من سحبها ، يجوز له أن يطعن فى هذا التضامن ، و إن اقتصر فى الاستئناف على طلب الحكم بتبرئة ذمته من جميع ما قضى عليه به ، لأن هذه الصيغة العامة تشمل بالضرورة اعتراضه على طلب التضامن وعلى الحكم الصادر به[٣] .

وفى نزاع على إيراد مؤبد بين ورثة من رتبه وورثة من رتب له ، دفع الأولون بسقوط دعوى المطالبة بالايراد بمضى المدة الطويلة ، ودفع الآخرون (المدعون) هذا الدفع بأن مرتب الايراد قد استمر هو وورثته يدفعونه لهم سنة بعد سنة ، وطلبوا الحكم باحالة القضية إلى التحقيق لاثبات ذلك بالبينة ، وحكمت محكمة

(١) ملحق دالوز فقرة ٤٢١ رقم ٥ و ١٧ مايو سنة ١٨٦٥ (د ٦٥ — ١ — ٢٧٣)

(٢) ٢٥ يوليه سنة ١٨٩٣ (د ٩٤ — ١ — ٢٢٣)

(٣) ٢٧ يوليه سنة ١٩٢٠ (س ١٩٢١ — ١ — ١٧٣) و ٢ أبريل ١٨٨٦ (د ٨٦ — ١ — ٤٢٠) ، وقد علق جلاسون على هذا الحكم بقوله : إن منازعة المحكوم عليه أمام محكمتى الدرجة الأولى والثانية فى أصل الدين تعتبر منازعة فى التضامن بالضرورة ، إذ لا يمكن القول بأن من ينازع فى أصل الدين يعتبر مسلماً فى ملزوميته به بالتضامن .

الدرجة الأولى بقبول طلب التحقيق لعـدم قيام أى نزاع فى تعلق الوقائع المدعاة بالدعوى . فاستأنف المدعى عليهم وأصروا فى الاستئناف على دفعهم المتقدم وطلبوا إلغاء الحكم الصادر بالاحالة إلى التحقيق . فلما أيدته محكمة الاستئناف طعنوا فى حكمها بمخالفته لنصوص المواد ١٣٤٥ و ١٣٤٧ و ١٣٥٩ من القانون المدنى الفرنسى التى لا تجيز الاثبات بالبينة والقرائن إلا عند وجود مبدإ ثبوت بالكتابة ، فقضت محكمة النقض بقبول هـذا الوجه ، وإن لم يكن الطاعن قد تمسك به أمام محكمة الموضوع ، إذ اعتبرت طلبه إلغاء الحكم المستأنف متضمناً الدفع بعـدم جواز إثبات المدعى بالبينة لعدم وجود مبدإ ثبوت بالكتابة (١) .

ومن قضاء محكمتنا أنه إذا كان السبب الذى يتمسك به الطاعن لأول مرة أمام محكمة النقض داخلاً فى عموم ما دفع به لدى محكمة الموضوع ، وكانت عناصره الواقعيـة لا تخرج عما كان معروضاً على تلك المحكمة ، وكان فوق ذلك منتزعاً من أسباب الحكم المطعون فيه فلا يعتبر سبباً جديداً . فإذا تمسك المشترى بسقوط حق الشفيع لعلمه بالبيع فى تاريخ معين ودفع الشفيع بعـدم علمه العلم التفصيلى بالبيع وقضت المحكمة باعتباره عالماً من ذلك التاريخ ، ورفضت دعوى الشفعة ، ثم طعن الشفيع فى هذا الحكم بوجه أنه أخطأ فى تطبيق القانون عند احتساب ميعاد الخمسة عشر يوماً المقررة قانوناً لإبداء الرغبة فى الاستشفاع ، وتبين لمحكمة النقض أن محكمة الموضوع قد أخطأت فى احتساب هذا الميعاد على مقتضى القانون إذ لم تمده لليوم التالى للعطلة ولم تضف إليه ميعاد المسافة ، تعين على محكمة النقض أن تقبل هذا الدفع لدخوله فى عموم ما دفع به الطاعن أمام محكمة الموضوع (٢) . وقالت فى حكم آخر « إنه يكفى لاعتبار السبب المبنى عليه الطعن غير جديد ولقبوله أمام محكمة

---

(١) ١٧ نوفمبر سنة ١٨٥٨ (س ٥٩ — ١ — ٩٠٥) وكاربنتيه فقرة ٢٠٧٥

(٢) ن . م . م ٢٥ يناير سنة ١٩٣٤ (القانون والاقتصاد س ٤ رقم ٢٩ والمحاماة س ١٤ ق ١ رقم ١٢٧ ص ٢٢٨)

النقض أن يكون قد عرضه صاحبه على محكمة الاستئناف ولو بصيغة عامة[١] » .

١٢٨ — وقد يكون سبب الطعن هو هو الذى عرض على محكمة الموضوع ولكن صاحبه يؤيده أمام محكمة النقض بقول جديد ، أو بعقد أو ورد مال أو شهادة من قلم التسجيلات أو من دفاتر المكلفة ، أو أية ورقة أخرى لم تكن قدمت من قبل أمام محكمة الموضوع ، فيختلط وجه الطعن القانونى بالواقع فى الدعوى فيصير جديداً لا يصح قبوله لاقتضائه إعادة النظر فى الموضوع من هذه الناحية ، وبدهى أن محكمة النقض لا اختصاص لها بذلك[٢] .

ومن تطبيقات محكمة النقض الفرنسية لهذه القاعدة أنها قضت بعدم قبول الطعن المؤسس على مخالفة حكم المادة ١١٣٨ من القانون المدنى (التى تشترط لتصحيح الالتزام الباطل بطلانا نسبيا أن تشتمل ورقة التصحيح على نص الالتزام الأصلى وعلى ما يدل على انصراف نية مصححه إلى التصحيح عالماً بما شاب الالتزام من الأسباب المبطلة) إذا استند فيه إلى ورقة لم يقدمها مدعى التصحيح أمام محكمة الموضوع ، وترتب على ذلك أن لم تفحصها تلك المحكمة فى الحكم المطعون فيه[٣] . وقضت بعدم قبول الطعن المبنى على عدم جواز الحكم بتفليس من سبق الحكم بتفليسه وإقفال تفليسته لعدم كفاية أمواله ، إذا قدم الطاعن لاثبات صحة طعنه أوراقاً جديدة لم تعرض على محكمة الموضوع[٤] . وقضت بعدم جواز تقديم ما لم يسبق تقديمه لمحكمة الموضوع من الأوراق الدالة

(١) ن . م . م ٢٦ أبريل سنة ١٩٣٤ (القانون والاقتصاد سنة ٤ رقم ٤٠ والمحاماة سنة ١٤ ق ١ رقم ١٧١ ص ٤١١)

(٢) كاربنتيه فقرة ٢٨٨٦ وما بعدها و ن . ف ٦ مارس سنة ١٩٠٦ (س ٩٠٦ — ١ — ٣٥١) وتعليقات دالوز من فقرة ٤٠٦٢ إلى ٤٠٩٢

(٣) كاربنتيه فقرة ٢٨٩٤ و ن . ف ٢٨ نوفمبر سنة ١٨٨٨ (س ٨٩ — ١ — ٨٠)

(٤) كاربنتيه فقرة ٢٨٩٥ ، وراجع المادتين ٣٣٧ و ٣٣٨ من قانون التجارة الأهلى .

على عدم صحة الحوالة بالدين لعدم إعلانها للمدين أو لعدم رضائه بها كتابة [١] .

على أنه إذا انكشف لمحكمة النقض صحة وجه الطعن بصرف النظر عما قدم لتأييده من الأوراق الجديدة فإنها تقبله وتنقض الحكم [٢] .

الأسباب القانونية الجديدة

١٢٩ — ومعنى كون السبب قد تعرضت له محكمة الموضوع من تلقاء نفسها ، أن تكون هى — بمقتضى وظيفتها — قد ردت ما حصلته من فهم الواقع فى الدعوى إلى ما يجب الحكم به من القواعد القانونية المناسبة ، ثم أخذت فى حكمها بتوجيه قانونى لم يعرضه الخصوم عليها . وأصل ذلك أنه إذا كان واجباً على قاضى الدعوى أن يتقيد فى قضائه بما يقدمه الخصوم إليه من طلبات ودفوع وأوجه دفاع وأدلة ومستندات ، فإن القانون لم يمنعه — بعد تحصيل فهم الواقع فى الدعوى — من تطبيق ما يجب تطبيقه من القواعد القانونية على حاصل هذا الفهم ، بغير اعتبار لما يكون للخصوم فى ذلك من رأى أو حجة أو توجيه . بل لا شك فى أنه ملزم بتأسيس حكمه على القواعد القانونية الواجب الأخذ بها فى الدعوى [٣] .

١٣٠ — وقد أطلق على مثل هذا السبب اسم « الأسباب القانونية الصرف » (moyens de pur droit) ، إذ لا يداخلها أى عنصر واقعى جديد لم تكن محكمة الموضوع قد تعرضت له وقدرته واستنتجت منه النتيجة التى أنزلت عليها حكم القانون [٤] .

(١) ن . ف ٢٨ أغسطس سنة ١٨٧٨ (س ٧٩ — ١ — ١٥٦)

(٢) كاربنتيه فقرة ٢٨٩٢ و ن . ف ٤ فبراير سنة ١٨٣٩ (س ٣٥ — ١ — ٩٤)

(٣) ربرتوار دالوز فقرة ١٨٠٦ ومابعدها و ن . ف ١٩ يوليه سنة ١٨٨٨ (س ٩١ — ١ — ٥٠) وتعليق الأستاذ فال فى (س ٩٣ — ١ — ٣٢١)

(٤) راجع فاى ص ١٤٤

وهذه الأسباب هى فى ظاهر الأمر أسباب جديدة كان ينبغى — بادئ الرأى — التقرير بعدم قبولها ، ولكن محكمة النقض الفرنسية لم تعتبرها كذلك وما تزال تحكم بقبولها ، ولا يزال الفقهاء الفرنسيون يؤيدون قضاءها فى ذلك[1] . وحجة محكمة النقض أن قاضى الدعوى — حتى إذا لم يكن الخصوم أنفسهم طلبوا منه تطبيق القانون — لا يستطيع هو الفصل فيها إلا بإجراء هذا التطبيق على الوجه الصحيح[2] . ولذلك فهو مكلف بفحص طلبات الخصوم ووجوه دفاعهم وتقليب بحثها على جميع الوجوه القانونية التى يصح تأسيس الحكم الحق فى الدعوى عليها[3] .

على أن قبول هذه الأسباب القانونية الصرف لا يخالف فى الواقع ما قلناه من أن الأصل هو عدم قبول الأسباب الجديدة ، إذ السبب لا يكون جديداً متى أمكن إدخاله فى عموم ما يكون قدمه الطاعن من طلبات ودفوع وأوجه دفاع لمحكمة الموضوع ، والخصوم فى الدعوى ، إذ يعرضون على القضاة وقائع الخصومة ويطلبون الحكم بطلباتهم فيها ، يلتمسون ترديد طلباتهم هذه على جميع الوجوه القانونية الصالحة لتأييدهم ، فإذا أخذت المحكمة فيها بتوجيه قانونى مّا صح اعتبار هذا التوجيه من طلبات الخصوم أو داخلا فى متناولها ، وبهذا لا تعتبر الأسباب القانونية الصرف أسباباً جديدة[4] .

١٣١ — ويتفرع على ذلك :

أولا — جواز تمسك الطاعن بأى نص قانونى يؤيد به وجه طعنه ، ولو لم

---

(١) راجع جارسونيه فقرة ٨٣٤ وهامش ١ و ٢ وتيسيه ص ٤٨٩ وما بعدها وهوامشها .

(٢) ٢٠ فبراير سنة ١٨٥٤ (د ٥٤ — ١ — ٦٢) و ١١ مايو سنة ١٨٦٤ (د ٦٤ — ١ — ١٨٧) و ٥ مايو سنة ١٨٩٩ (د ٩٩ — ١ — ٢٧٥)

(٣) ٢٧ يونيه سنة ١٨٧٦ (د ٧٧ — ١ — ١٢١) و ٥ يونيه سنة ١٨٩٩ (س ٩٠٠ — ١ — ٧٩)

(٤) تيسيه ص ٤٩٠ وفاى ص ١٤٤ وجارسونيه فقرة ٣٨٤ وهوامشها .

يكن قد أشار إليه عند إبداء هذا الوجه أمام محكمة الموضوع ، وسواء أ كان الحكم المطعون فيه قد أشار إليه أم لم يشر أم أشار إلى نص آخر قد أخذ به[١]. ذلك لأن تأييد وجه الدفاع بنص من نصوص القانون ليس من شأنه أن يغير من جوهر هذا الوجه ، ولا أن يضطر محكمة النقض إلى تحصيل فهم الواقع فيه تحصيلا جديداً لا يدخل فى وظائفها . فإذا طالب الوكيل موكله بفوائد ما دفعه عنه بسبب وكالته من يوم دفعه ، دون أن يستند إلى نص المادة ٥٢٦ مدنى (المقابلة للمادة ٢٠٠١ من القانون الفرنسى) وقضى له بالفوائد من يوم رفع الدعوى ، فإنه يكون له — إذا بنى طعنه على مخالفة الحكم للقانون أن يؤيد وجه طعنه هذا بالاستناد إلى نص هذه المادة ، ولو لم يكن قد أشار إليها أمام محكمة الموضوع[٢] .

والجار إذا شفع فى أرض معدة للبناء لا تجاوره إلا من حد واحد ، وقضى برفض شفعته ، فإنه يكون له أن يطعن فى الحكم بمخالفته لنص المادة الأولى من قانون الشفعة ، ولو لم يكن قد استند إليها ، بل لو استند الحكم إلى نص الفقرة الأخيرة من هذه المادة (وهى الفقرة التى لا تجيز الشفعة إلا للجار اللصيق من حدين) .

١٣٢ — ثانياً — جواز التمسك بوقوع البطلان فى الحكم (الصادر من محكمة الاستئناف) . ذلك لأن هذا البطلان — إذ كان لا يعرض للحكم إلا بعد فراغ الخصوم من عرض قضيتهم على المحكمة ، وكان مترتباً على عدم قيامها هى بما وجب عليها من اتباع القواعد القانونية المتعلقة بالمداولة فى الحكم و إصداره وتحرير ورقته ، هذا البطلان — وشأنه كذلك — لا تكون أسبابه إلا أسباباً

---

(١) جارسونيه فقرة ٣٨١ وهامش ٥ وتيسيه ص ٤٦٠ وهامش ٣ وتعليق ڤال فى (س ٨٩٣ — ١ — ٣٢١) و ن . ف ١٨ أكتوبر سنة ١٩١١ (د ٩١٢ — ١ — ١١٣)

(٢) ريرتوار دالوز فقرة ١٨٠٦ و ١٨٠٧ وكاربنتيه فقرة ٢٠٠٨ وما بعدها .

قانونية صرفاً ، مادتها الموضوعيــة هى الحــكم ذاته وما يلتحق به من أوراق المرافعات ، ومصدرها هو القانون نفسه[١] . ولهذا المعنى جعل قانوننا « حالة وقوع بطلان فى الحــكم الصادر من إحدى محاكم الاستئناف » حالة متميزة عن حالة « مخالفة القانون أو الخطأ فى تطبيقه أو فى تأويله » .

وعلى ذلك يجوز الطعن ببطلان الحــكم الصادر من إحدى محاكم الاستئناف إذا لم يشتمل على الأسباب التى بنى عليها (المـادة ١٠٣ من قانون المرافعات) ، أو إذا اشترك فى المداولة فيــه و إصداره من لم يشترك من القضاة فى سماع المرافعة فى الدعوى (المـادة ١٠٢ مرافعات)[٢] ، أو إذا وقع تزوير فيه .

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بقبول الطعن بمخالفة نص المـادتين ١٤٧ و ٢٩٧ (مرافعات) بالرغم من عدم التمسك بذلك أمام محكمة الموضوع ، فى الحادثة الآتية : أصدرت محكمة حكما تحضيريا بانتقالها لمحل النزاع للمعاينة ، ونفذته فى غيبة الطاعن ، ثم أخذت فى حكمها القطعى بنتيجة هذه المعاينة . فطعن المحــكوم عليه ببطلان إجراءات الانتقال والمعاينة لعدم إعلان الحــكم الغيابى الصادر بالانتقال له ولقيام المحــكمة بتنفيذ هذا الحــكم فى غيبته كذلك ، مع وجوب الإعلان عملا بنص المـادتين المذكورتين ، وادعى الطاعن أن هذا البطلان قد أثر فى الحــكم القطعى المطعون فيــه لاعتماده على نتيجة هذه المعاينة الباطلة ، ودفع خصمه بأن وجه الطعن جديد وكان يجب تقــديمه لمحــكمة الموضوع ، فرفضت محكمة النقض هذا الدفع وقبلت الطعن ونقضت الحــكم وذكرت فى أســباب حكمها أن الحــكم الصادر بالانتقــال — ولو أنه تحضيرى — كان يجب إعلانه ، وأن المحــكمة إذ نفذته فى غيبة الطاعن و بقى أمر هذا الانتقال وما جرى فيه خافياً عليه حتى صدر

(١) ن . ف فى ١٣ يناير سـنة ١٩١٩ (د ٢٢ — ١ — ١٥٠) وراجع جابيو ص ٧٠١ .

(٢) ن . م . م فى ٢ فبراير سنة ١٩٣٣ (القانون والاقتصاد س ٣ رقم ٩٥ ص ٨١ والمحاماة س ١٣ رقم ٤٢٤ ص ٨٥٨)

الحكم القطعى ، يكون وجه الطعن فى حكمها مقبولاً ويتعين نقضه لترتبه على إجراءات باطلة[١] .

١٣٣ — ثالثاً — جواز إبداء كل وجه قانونى يطعن به على قضاء المحكمة فى مسألة قانونية تكون قد تعرضت لها وأسست الحكم على حلها[٢ — ٣] (s'il est en corrélation étroite et directe avec l'arrêt attaqué). وأصله أنه ما دام من وظائف محكمة الموضوع أن تقلب الدعوى على جميع الوجوه القانونية وأن تأخذ فيها بما يصح عندها أنه هو الحكم القانونى ، على تقدير أنه داخل فى عموم طلبات الخصوم ، وما دام أن ما تأخذ به من ذلك يحتمل الخطأ والصواب ، والخطأ لا يكون إلاّ خطأ فى القانون — ما دام الأمر كذلك فالقول بقبول هذا النوع من أسباب الطعن يكون متمشيا مع ما قلناه من أن الوجوه القانونية الصرف تعتبر كأنها قائمة فى الدعوى qu'ils aient été nécessairement dans la cause بمجرد بحثها من محكمة الموضوع.ولو من تلقاء نفسها[٤] .

ومن التطبيقات فى ذلك أن مالكا ضمّن مهندسه المعمارى ومقاوله ما نال

---

(١) كاربنتيه فقرة ٢٠٨٨ ن . ف ٢٤ نوفبر سنة ١٨٨٦ (س ٨٧ — ١ — ١٣) و (د ١٨٨٧ — ١ — ١٥٩) .

(٢) جارسونيه فقرة ٣٨١ ص ٦٦٨ و٦٦٩ وهامش ٨٦ وبه ن . ف ٢٧ يونيه سنة ١٨٧٦ (د ٧٧ — ١٢١) و ن . ف ١٤ مارس سنة ١٨٨١ (د ٨١ — ١ — ٣٧٨) وملحق كاربنتيه فقرة ٢١٣٤ / ١ — وما بعدها وحكم ١٢ أبريل سنة ١٩٠٢ (س ٠٤ — ١ — ٤٨٢) .

(٣) ولسيمونيـــه تعبير آخر هو « Le moyen sera dépourvu de nouveauté chaque fois qu'il se rapportera à une question de droit résolue par le juge du fond ou que celui ci a été appelé à résoudre ».
وهو يستشهد بحكمى محكمة النقض البلجيكية الصادرين فى ٢٩ أبريل سنة ١٩١٥ (باسكريزى ١٩١٥ — ١٩١٦ — ١ — ٢٦٧) ، وفى ١٢ مايو ١٨٨٧ (باسكريزى — ١ — ١٧٣)

(٤) فاى فقرة ١٢٥ هامش ٥ وحكم ١١ يونيه سـنة ١٨٩٥ (د ٩٥ — ١ — ٤٥٩) و ٢٠ فبراير سنة ١٩١١ (د ٩١٢ — ١ — ١٦٧)

عمارته من تلف نشأ عن إصابة بعض أخشابها بحشرة من الحشرات الآكلة للأخشاب ، لم يعرف العلم نوعها وخواصها وظواهرها إلا بعد إقامة العمارة بسنوات عدة ، فأخرجت محكمة الموضوع المهندس من الدعوى ، وقضت على المقاول بالتضمينات باعتباره بائعاً مسئولاً عما ظهر من عيب فى الأخشاب المبيعة ، طبقاً لأحكام البيع . فطعن المقاول فى هذا الحكم ، وكان وجه طعنه أن الحكم قد أخطأ فى اعتباره بائعاً للخشب على البراءة من العيوب ، مع أنه لم يكن إلا مستصنعاً قدم لصاحب العمارة عمله وأدوات العمل ، فليس يضمن له إلا ما جعله القانون ضامنا فيه فى باب عقد الاستصناع والمقاولة . ولما دفع المالك بأن هذا السبب جديد لم يسبق إبداؤه أمام محكمة الموضوع ، حكمت محكمة النقض بقبول الطعن ، وقالت فى حكمها « إنه يكفى فى قبول هذا السبب وفى اعتباره قائماً فى الدعوى أن يكون منتزعا من أسباب الحكم المطعون فيه » ، ثم نقضت الحكم موضوعا[1] .

ومنها أنه إذا طلب وصى القاصر نقض قسمة الأملاك التى له فيها نصيب شائع ، وانضم إلى طلبه أحد الشركاء البالغين ، وقضت المحكمة بنقض القسمة فى حق القاصر فحسب ، ثم طعن هذا الشريك فى الحكم بناء على أن إجابة القاصر الى نقض القسمة يقتضى إجابته هو الآخر إلى طلب نقض القسمة فى حقه ، فإن سبب الطعن لا يعد جديداً ، لأن الطاعن بانضمامه للوصى فيما طلب يكون قد أفصح عن طلبه الاستفادة من نقض القسمة لو استجابت المحكمة إلى طلب الوصى ، ولأن المحكمة من جهة أخرى — بقضائها بنقض القسمة فى حق القاصر وحده — تكون قد عرضت لبحث طلب الشريك الآخر وقلبته على جميع الوجوه القانونية ، ثم قضت برفضه ، وبذلك يصبح الطعن فى الحكم مستنداً الى سبب

(١) ١٠ أكتوبر سنة ١٩١١ (د ٩١٢ — ١ — ١١٣) و (س ٩١٢ — ١ — ٤٤٩)

قانونى صرف مستمد من ذات الحكم[١] .

١٣٤ — رابعاً — جواز تقديم ما يؤيد به الطاعن طلباته أو دفوعه فى الدعوى من الحجج القانونية التى لم يسبق له عرضها على محكمة الموضوع أو لم يسبق لهذه المحكمة التعرض لها من تلقاء نفسها فى الحكم المطعون فيه[٢] . ذلك لأن من

---

(١) ٥ ديسمبر سنة ١٨٨٧ (د ٨٨ — ١ — ٢٤١) وباقى التطبيقات فى تعليقات دالوز من ٤١٤٦ إلى ٤١٦٦

(٢) والمراد بالحجج arguments بصفة عامة ما يمكن الاستناد إليه من الأدلة والشواهد تأييداً لمسلك أو مذهب من مسالك الدفاع ومذاهبه . والأصل فيها أنه يصح تقديمها فى أية حالة كانت عليها الدعوى ، ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف . أما أمام محكمة النقض فلا يجوز إبداء الجديد منها إلا إذا كانت قانونية صرفاً ، فان كانت موضوعية أو امتزج القانون فيها بالموضوع فانه لا يصح إبداؤها .

وقد يدق الفرق بين الحجة argument وبين المذهب أو المسلك moyen فترفض الحجة الجديدة باعتبارها مذهباً أو مسلكا أو وجه دفاع جديد كما ترى فى الحادثة الآتية :

طولبت شركة مدنية بدفع المستحق عليها من ضريبة الايراد طبقاً لقانون ٢٩ يونيه سنة ١٨٧٢ ، فدفعت الشركة بسقوط الحق فى الدعوى لمضى سنتين ، قياسا لها على دعوى المطالبة بتكملة رسوم القيد insuffisance de perception en matière d'enrégistrement فرفض الدفع وحكم بالزامها بدفع المستحق ، اعتباراً بأن هذه الدعوى لا تسقط إلا بمضى المدة الطويلة الوارد ذكرها بالمادة ٢٢٦٢ من القانون المدنى (٣٠ سنة) . فطعنت الشركة فى الحكم وزعمت أن المحكمة قد خالفت فيه مبدأ سنوية هذه الضريبة وأخطأت فى تطبيق المادة ٢٢٦٢ ، وأيدت هذا الوجه بقياس هذه الدعوى على دعوى المطالبة بالأموال المقررة التى تستحق سنويا ، فرفضت محكمة النقض هذا الوجه إذ اعتبرته سبباً جديداً لعدم سبق عرضه على محكمة الموضوع (حكم ٢٦ أكتوبر سنة ١٨٩٢ ، س ١٨٩٣ — ١ — ٣١١) . وقد نقده الأستاذ ثال فى تعليق له عليه ، فقال — بعد أن استعرض مبدأ جواز التمسك بالحجج القانونية الجديدة وعدم جواز التمسك بوجوه الدفاع الجديدة — : إن الشركة قد بحثت أمام محكمة الموضوع مسألة استبعاد سقوط الحق فى الدعوى بمضى المدة الطويلة ، ثم إنها — لعدم وجود نص حاسم فى قانون ٢٩ يونيه سنة ١٨٧٢ — قد قاست صورة الدعوى على الدعوى التى يطلب فيها استكمال رسوم القيد ، وأسست دفعها بالتقادم على هذا القياس ، فاذا تقدمت الشركة فى سبيل القول بسقوط الحق فى الدعوى بحجة قانونية أخرى ، فانها لا تكون قد استمسكت بسبب جديد لم يسبق عرضه على محكمة الموضوع ، لأن طلبها الحكم بسقوط الحق فى الدعوى لا يزال هو هو ، ولأن مسلكها فى تأييد هذا الطلب ، وهو الدفع بالتقادم بمضى المدة لا يزال كذلك كما هو . والذى يمكن أن يقال إنه قد تغير ، إنما هو حجة الشركة وسندها فى هذا الدفع ، إذ استبدلت قياسا قانونيا بقياس آخر ، وهذا لا ضرر فيه ولا يتطلب من محكمة النقض فحص أية مسألة موضوعية أخرى .

سلك مسلكا من دفاع ليؤيد طلباً أو دفعاً ، يعتبر أنه قد طلب من قاضى الموضوع الأخذ فى هـذا المسلك بكل حجة قانونية يصح الاستناد إليها ولو لم يكن هو قد فطن لها وعرضها فعلاً[١] .

فكل حجة مؤيدة تعتبر إذن قائمة فى الدعوى غير جديدة فيها .

ومن تطبيقات محكمة النقض الفرنسية فى ذلك : أن دائن الواهب إذا دفع دعوى الاستحقاق المرفوعة من الموهوب له بعدم نفاذ الهبة لعدم تسجيل عقدها ، ثم قضت المحكمة بنفاذ الهبة اعتباراً بأن الدائن لم يكن إلاَّ دائناً عاديا ، وأن المادة الثالثة من قانون ٢٣ مارس سنة ١٨٥٥ لا تجيز الاحتجاج بعدم تسجيل العقود الناقلة للملكية إلاَّ لأصحاب الرهون والامتياز فقط ، يكون لهذا الدائن أن يطعن فى هذا الحكم بمخالفته لنص المادة ٩٤١ من القانون المدنى الفرنسى التى تجيز لكل ذى مصلحة أن يحتج بعدم تسجيل عقد الهبة[٢] . ومن التطبيقات أن من طلب الحكم برفض دفع خصمه لدعواه بالتقادم ، يجوز له أن يغير وجه دفاعه أمام محكمة النقض فيتمسك بأن مبدأ مدة التقادم يجب أن يكون يوما آخر غير يومه الذى حدده صاحب الدفع بالتقادم واعتمدته محكمة الموضوع ، متى كان طعنه مبنيا على اعتبارات قانونية صرف[٣] . ومنها أن المودع — إذا ضاع سند وديعته بسبب

---

(١) جارسونيه ص ٦٧٦ وهامش ٢١ وص ٦٧٧ ، وقال تعليقاً على حكم ٢٦ أكتوبر سـنة ١٨٩٢ (س ١٨٩٣ — ١ — ٣٢١) والمراجع التى بهذا التعليق النفيس . أما مسلك الدفاع الجديد ، والمراد به طريقة الدفاع المغايرة لطريقته الأولى التى سلكها الطاعن أمام محكمة الموضوع ، فالأصل فيه عدم القبول للجدة إلا إذا كان قوامه واقعة ثابتة فى الحكم ترشح له ، ويعتبر بها أنه قائم فى الدعوى (ربرتوار دالوز فقرة ١٨١٩ و ١٨٢٠ وتعليقات دالوز من فقرة ٤٠١١ إلى ٤٠٣٤)

(٢) المرجع السابق من جارسونيه . ويقول فى الهامش رقم ٣ إن قانون التسجيل لم ينسخ حكم المادة ٩٤١ من القانون المدنى .

(٣) ٥ أغسطس سنة ١٨٧٩ (س ٧٩ — ١ — ٤٠٥) وكانت القضية قضية تضمين رفعتها مالكة منزل على مهندس معمارى ضمنته بها ما ظهر من الخلل فى العمارة التى بناها ، وكان المهندس قد دفع بسقوط الحق فى الدعوى لمضى عشر سنوات على تسليم العمارة طبقاً للمادة =

قهرى وطلب إثبات الوديعة بالبينة مستنداً إلى نص المادة ١٣٨٤ من القانون المدنى — يكون له إذا قضى برفض طلبه لعدم ثبوت السبب القهرى ثبوتاً قاطعاً ، أن يطعن فى الحكم مستنداً إلى أن الوديعة كانت اضطرارية يصح إثباتها بالبينة ، وأنه كان لمحكمة الموضوع أن تقضى بذلك من تلقاء نفسها طبقاً لنص الفقرة الثانية من المادة المذكورة التى تجيز الإثبات بالبينة إذا كانت الوديعة اضطرارية أو عند ضياع سند الدين بسبب قهرى[1] . ومنها أنه إذا دفع المدين ببراءة ذمته بمضى المدة وأجاب الدائن بأنه قد حجز على مدينه فقطع الحجز مدة التقادم وقضت المحكمة ببطلان الحجز و ببراءة ذمة المدين يكون للدائن أن يطعن فى الحكم مستنداً إلى ، انقطاع آخر مترتب على التنبيه على المدين بالدفع قبل إجراء الحجز[2] . ومن قضائها

= ١٧٩٢ من القانون المدنى (المقابلة للمادة ٤٠٩ من قانوننا) ، فأجابت المالكة على هذا الدفع بأن المدة لم تمض من يوم رفع دعوى إثبات الخلل بالعمارة التى أقامتها أمام قاضى الأمور المستعجلة فحكمت محكمة الدرجة الأولى فى الدعوى آخذة بوجهة دفاع المالكة . أما محكمة الاستئناف فقد أخذت فى إلغاء الحكم المستأنف بوجهة أخرى . طعنت المالكة فى الحكم الاستئنافى ، وكان من وجوه الطعن أن المادة ١٧٩٢ من القانون المدنى ، وإن جعلت مدة مسئولية المقاول عشر سنوات ، لم تنص على أن دعوى المالك تضمين المقاول يسقط الحق فيها بهذه المدة ، ولم تنص كذلك على أن مبدأ المدة يجب أن يكون يوم تسلم البناء ، وأن القانون يوجب أن يكون مبدأ التقادم يوم ظهور الخلل بالفعل فى البناء (وقد أفاض الأفوكاتو العمومى فى شرح هذا السبب) . وزعم المقاول أن هذا السبب جديد لا يصح التمسك به أمام محكمة النقض . ولكن المحكمة قبلته وقالت : إن المالكة كانت تطلب رفض الدفع بالتقادم ، وكانت خطة دفاعها أنها قطعت المدة برفع دعوى إثبات الحالة فى الميعاد ، فلا مانع يمنعها من سلوك هذه الخطة الجديدة فى الدفاع المبنية على اعتبارات قانونية قائمة فى الدعوى كان يصح لمحكمة الاستئناف أن تأخذ بها من تلقاء نفسها . ثم قالت فى الموضوع إن المادة ١٧٩٢ والمادة ٢٢٧٠ إذ جعلتا المقاول والمهندس مسئولين بالتضامن عن خلل البناء مدة عشر سنوات ، لم تنصا على المدة التى يسقط بها حق المالك فى دعوى التضمين ، وما دام لا نص فى القانون يجعل لسقوط هذا الحق فى الدعوى مدة قصيرة خاصة ، فلا مناص من اعتبار هذه الدعوى مما لا يسقط الحق فيها إلا بمضى المدة الطويلة المعروفة ، ولا محيص من اعتبار مدة سقوطها لا تبتدئ إلا من يوم ظهور الخلل فى البناء . ولذلك قضت بنقض الحكم المطعون فيه بغير بحث فى الشق الأول من وجه الطعن الخاص بما إذا كان إعلان دعوى إثبات الحالة أمام قاضى الأمور المستعجلة يقطع مدة التقادم أو لا يقطعها .

(١) جارسونيه ص ٦٧٧ هامش ٤

(٢) جارسونيه ص ٦٧٧

كذلك أن من طعن فى الحكم الصادر ببطلان بروتستو عدم الدفع لإجرائه بعد انقضاء الميعاد الواجب إجراؤه فيه ، يجوز له أن يستند إلى حجة قانونية ينتزعها من نص قانونى آخر يفيد مد المواعيد وآجال الدفع إلى اليوم الذى عمل فيه هذا البروتستو[1] ، وأن من طلب الحكم بأحقيته لرى أرضه من ترعة و بإزالة ما أقامه خصمه فى مجراها من أعمال وسدود حولت بعض مياه الترعة إلى أرض أخرى لهذا الخصم ، يجوز له — إذا كان هذا الخصم قد ادعى أحقيته هو الآخر للرى من هذه الترعة أياماً معدودة مستنداً إلى قيام هـذه الأعمال واستمرارها المدة الطويلة ، ثم حكم بناء على ذلك برفض الدعوى — أن يطعن فى هذا الحكم وأن يبنى طعنه على مخالفته لنص المـادة ٦٩١ من القانون المدنى التى

---

(١) ٢٤ يونية سنة ١٨٥٦ (د ٥٦ — ١ — ٢٥٤) وبقية الأحكام الواردة بملحق دالوز فقرة ٤٢٤ وكذلك حكم ١٤ أغسطس سنة ١٨٨٩ (س ٨٩ — ١ — ٣٧٢) وقضية هذا الحكم أن سيدة رتبت لزوجها عنـد زواجها منه إيراداً سنويا مدة حياته ، ثم أوصت له بالانتفاع بتركتها بحق الربع منها فيما لو توفيت قبله . نازعه أحد أولاده فى استحقاقه للمرتب والوصية معاً ، وطلب بصفة احتياطية تنقيص الربع من متجمد المرتب ، فحكم برفض الدعوى على اعتبار أن الموصى له بوصـية خاصة لا يسأل عن شيء من ديون التركة مع الورثة ، فطعن الابن فى الحكم متمسكا بالمادة ٦١٠ من القانون المدنى (التى تلزم الموصى له بحق الانتفاع على عموم التركة أو على حصة منها بما يكون قد قرره الموصى على نفسه من نفقة أو رتبه من مرتب مدى الحياة) . فدفع الوالد بجدة هذا السبب . ومحكمة النقض رفضت هذا الدفع ، وقضت فى الموضوع بنقض الحكم المطعون فيـه ، وقالت فى أسباب حكمها إن الولد وإن لم يكن قد اختصم والده إلا بصفته موصى له من قبل زوجه التى لا يرث فيها ، إلا أنه بطلبه (احتياطيا) الحكم بوجوب حط الوصية من متجمد الإيراد المرتب لوالده قد أوجب على المحكمة تطبيق ما يجب تطبيقه من قواعد القانون على ظروف الدعوى ، فاذا هى قضت بأن الأب بوصف أنه موصى له غير ملزم بسداد ديون التركة ، فانه يجوز لابنه الطعن فى هذا الحكم بمخالفته لنص المادة ٦١٠ من القانون المدنى التى تقضى بالزام من أوصى له بحق الانتفاع بعموم تركة الموصى أو بحصة منها ، بسداد ما يكون قد قرره الموصى على نفسه من نفقة أو رتبه من مرتب مدى الحياة ، فان كان موصى له ببعضها فيكون إلزامه بقدر نصيبه فى الوصية ، ولا يكون الطعن مبنيا على سبب جديد . ثم قالت : ولما كانت الوصية واردة على عموم التركة بحق الربع فقد وجب على الموصى له أن يسدد لنفسه ربع ما تجمد له من الإيراد ؛ وبهذا تجتمع فيه صفتا الدائن والمدين بقدر هذا الربع ، وعلى ذلك يتعين نقض الحكم المطعون فيه .

تمنع تملك حقوق الارتفاق الغير المستمرة بالمدة الطويلة ، ولو لم يكن قد عرض حجته هذه على محكمة الموضوع . وقد قالت المحكمة فى حكمها الذى أصدرته برفض الدفع بجدة سبب الطعن « إن هذه الحجة هى من الحجج القانونية التى عليها يمكن قيام حق المدعى فى الدعوى ، وقد كان الخصم — من جهة أخرى — يستند فيما ادعاه من اكتساب حق الرى بانتقاده إلى قيام هذه الأعمال على مجرى الترعة و إلى مادلت عليه من نية له ولسلفه فى معارضة المدعى فيما كان يزعمه من الحق المطلق على مياه هذه الترعة ، و إذن فكانت الحجة قانونية وقائمة فى الدعوى تحت نظر الخصوم ونظر محكمة الموضوع[1] » .

١٣٥ — هذا ولا يمكن اعتبار السبب القانونى الصرف قائماً فى الخصومة

---

(١) ١١ يناير سنة ١٨٨١ (س ٨١ — ١ — ١٩٧) وكذلك ١٢ يونيه سنة ١٨٨٢ (س ٨٢ — ١ — ٣٦١) وقضية هذا الحكم أنه حكم بين زوجين بالفرقة وبالانفصال فى أموال الروكية الزوجية ، ورفعت الزوج دعوى قسمة هذه الأموال فعرض عليها زوجها ما حسبه ملكا لها ، فطلبت الحكم بالزامه بأن يسلمها عينا فى ميعاد يحدده الحكم ، أسهماً كانت تملكها الروكية فى بعض الشركات واختلسها الزوج لنفسه ، بحيث إن لم يقم بتسليمها كان ملزماً بأن يدفع لها ثمن هذه الأسهم حسب سعرها فى البورصة يوم صدور هذا الحكم . فصدر عليه الحكم بذلك ثم عرض عليها ، بعد انتهاء الميعاد المحدد فيه ، ثمن الأسهم فقط وطلب الحكم بصحة العرض ، وطلبت هى إلزامه بالفوائد من يوم صدور الحكم بتسليم الأسهم عيناً . فحكمت محكمة الدرجة الأولى بصحة العرض وبرفض طلب الفوائد ، وأيدت محكمة الاستئناف هذا الحكم . فطعنت الزوج فيه بطريق النقض ، زاعمة أن المحكمة قد خالفت فى حكمها نص المادة ١٤٧٧ التى تقضى بحرمان أى الزوجين يخفى أو يختلس مالا من أموال الروكية من نصيبه فيما اختلسه وأخفاه ، كما خالفت نص المادة ٤٥٩ من القانون المدنى التى تقضى بالزام واضع اليد على مال غيره بسوء نية برد ثمراته . فدفع الزوج بجدة سبب الطعن فحكمت محكمة النقض برفض هذا الدفع ثم بقبول الطعن شكلا . وقالت فى أسباب حكمها : إن الطاعنة كانت تستند فى طلب الحكم على زوجها بالفوائد من تاريخ الحكم الأول على سوء نيته فى حوزه لنفسه ما كانت تمتلكه الروكية من الأسهم التى حكم بالزامه بردها عينا . فالاستناد الآن فى الطعن على مخالفة الحكم لنص المادة ١٤٧٧ يدخل فى عموم ما استندت إليه أمام محكمة الموضوع . لأن الحكم الأول الذى صدر بالزام الزوج برد الأسهم كلها عينا كان ملحوظاً فيه حكم المادة ١٤٧٧ ، وقد يمكن تفريع تطبيق المادة ٤٥٩ على تطبيق المادة ١٤٧٧ . ولكن المحكمة قضت برفض الطعن موضوعا وقالت : إنها كانت تقبل وجهة نظر الطاعنة لو أن محكمة الموضوع كانت قضت بالزام الزوج بأن يسلمها كل الأسهم التى أخفاها هذا الزوج لنفسه ، =

يصح إبداؤه لأول مرة أمام محكمة النقض رغم جدته وعدم تقديمه لمحكمة الموضوع ، إلا إذا كان قوامه تلك العناصر الواقعية التى يكون قد أثبتها الحكم المطعون فيه وكان لا يفتقر النظر فيه إلى بحث أى عنصر واقعى آخر لم تكن محكمة الموضوع قد تناولته بالبحث والتقدير ، وكان هو فوق هذا وذاك بحيث يمكن أن يصل به الطاعن إلى غايته من الحكم فى الدعوى بطلباته ، على صورتها المقدمة للمحكمة . ذلك بأنه لا يصح فى النظر النعى على حكم محكمة الموضوع بعدم أخذها بما كان ينبغى لها أن تأخذ به من الحجج القانونية من تلقاء نفسها ، إلا إذا كانت هذه الحجج قائمة فى الخصومة ماثلة أمامها تشارفها بنفسها من ثنايا وقائع الدعوى وتدعوها للأخذ بها من غير لفت الخصوم[1] .

فمن ادعى اكتساب حق ارتفاق ظاهر ومستمر بالتقادم الخمسى المستند إلى سبب صحيح ورفضت المحكمة دعواه لعدم جواز اكتساب ذلك الحق بهذا السبب ، لا يجوز له الطعن بخطأ الحكم فى تطبيق قواعد اكتساب الحقوق العينية بمضى المدة الطويلة ، لأن هذا التوجيه القانونى يتطلب من محكمة النقض بحث جميع عناصره الواقعية : من وضع يد بشروطه القانونية ، ومدة كاملة ، من مبدإ معلوم إلى نهاية معلومة كذلك ، لم يوقفها ولم يقطعها أى سبب من أسباب انقطاع المدة أو وقفها ، وذلك كله يفتقر إلى تحقيق ونظر موضوعى لا شأن لمحكمة النقض به[2] .

وقضت محكمة النقض الفرنسية بأنه إذا حكمت محكمة الدرجة الأولى بإلزام

= حيث يجوز عندئذ الحكم بالفوائد على اعتبار أن الحكم بها تابع للحكم الصادر بإلزام الزوج برد أصل الأسهم . أما والحكم الأول قد صدر بإلزام الزوج بقيمة هذه الأسهم إذا لم يقم بتسليمها ، فقد أصبح المقضى به مبلغاً من النقود لا تسرى عليه الفوائد التعويضية إلا من يوم المطالبة الرسمية ...

(١) فاى ص ١٤٤ وهوامشها وتعليقات دالوز من فقرة ٤٠٧٥ إلى ٤١٤٢

(٢) جارسونيه ص ٦٧٨ . وهو يقول فى الهامش رقم ٩ إن مسألة اكتساب حقوق الارتفاق بالتقادم مع السبب الصحيح مسألة خلافية فى الفقه والقضاء . وانظر ن . ف ٢٦ أكتوبر سنة ١٨٩٢ (س ٩٣ — ١ — ٣٢١) وملحق كاربنتييه فقرة ٢٥٢٢

أحد دائنى مفلس برد ثمن البضائع التى سلمها له المفلس تسديداً لبعض دينه عليه ، واقتصر هذا الدائن فى استئنافه على المناقشة — بصفة عامة — فى القاعدة القانونية القاضية برد ما دفع من المفلس لدائنيه فى فترة الشك السابقة لتاريخ التفليس ، فإنه لا يجوز له أن يحتج أمام محكمة النقض بأن بطلان الوفاء الحاصل من المفلس فى فترة الشك لا يترتب عليه قانوناً إلا إلزام دائنه الذى وقع له الوفاء برد ما قبضه من البضائع عيناً ما دامت هى قائمة ، لا إلزامه برد ثمنها . لأن هذه الحجة ، إذ تقتضى البحث عن قيام البضائع فى الوجود بحالتها التى كانت عليها يوم أن تسلمها الطاعن ، قد أصبحت سبباً جديداً امتزج فيه القانون بعنصر واقعى لم يعرض من قبل على محكمة الموضوع ويحتاج إلى بحث وتحقيق جديدين(١) .

وقضت بأنه متى أثبتت شركة تأمين على أحد عملائها تأخيره فى دفع الأقساط بخطاب مسجل أرسلته إليه فى محله المعين بعقد التأمين ، عملاً بأحكام هذا العقد ، ثم حكمت محكمة الموضوع بفسخ العقد لثبوت التقصير فى الوفاء ، فانه لا يكون للمحكوم عليه أن يبنى طعنه فى هذا الحكم على القول بأنه كان ينبغى للشركة — وقد علمت بانتقال عميلها إلى محل آخر — أن تجرى فى إعذاره على الطريقة الواجبة قانونا ، عادلة بها عن الطريقة المبينة بعقد التأمين . وقد قالت المحكمة فى ذلك : إن الطاعن ، مع تسليمه بأن الإعذار الذى كان إجراؤه واجبا على الشركة هو الإعذار بخطاب مسجل ، لم يطرح على محكمة الموضوع ما يزعمه الآن من أن الشركة كانت عالمة بمحله الذى انتقل إليه ، وهو عنصر واقعى جديد يخرج السبب عن كونه قانونيا صرفا ، ويجعله مزاجا من الواقع والقانون(٢) .

وقضت بأنه لا يجوز الدفع لأول مرة أمام محكمة النقض بأن المحامى ، الذى

---

(١) ٢٨ يناير سنة ١٩٠٣ (س ٩٠٣ — ١ — ٣١٢)

(٢) ٥ نوفمبر سنة ١٨٨٩ (س ٩١ — ١ — ٤٠٧)

يمثل الطاعن أمام محكمة أول درجة ، لم يكن مفوضاً منه فى قبول الحكم المستأنف[١] . وقضت بأن القول أمام محكمة النقض — بأن الطلب الذى قدم لأول مرة لدى محكمة الاستئناف ورفضت قبوله لم يكن إلاَّ مجرد دليل ، كان يصح إبداؤه لديها — هو سبب مزيج من القانون والواقع لا يجوز إبداؤه لأول مرة لدى محكمة النقض[٢] . وقضت كذلك بأنه إذا اقتصر الطاعن لدى محكمة الموضوع على القول بأن العقد الذى ربطه بخصمه كان عقد إجارة أشخاص ، لا يجوز له أن يتمسك لدى محكمة النقض بأنه حتى لو اعتبر العقد عقد وكالة فقد وقع العزل منها مع ذلك فى وقت غير لائق ، لأن هذا السبب يكون مزيجا من الواقع والقانون[٣-٤] .

١٣٦ — خامساً — جواز التمسك بالأسباب التى لها تعلق بالنظام العام[٥] .

أسباب النظام العام

ولقد اعتبرت أسباب النظام العام من الأسباب القانونية الصرف ، لعدم قيامها على أى عنصر واقعى غير قائم فى الخصومة ولعدم حاجتها إلى بحث أية ورقة جديدة لم تكن قد قدمت لمحكمة الموضوع . ولكنها تتميز عن سائر هذه الأسباب بأن الخصوم أنفسهم لا يستطيعون ترك التمسك بها و بأن للمحكمة الأخذ بها من تلقاء نفسها وعلى رغم الخصوم[٦] .

(١) ن . ف ١٣ يوليه سنة ١٩٣٢ (س ٩٣٢ — ١ — ٣٤٤)
(٢) ع . ف ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣١ (س ٩٣٢ — ١ — ٩٤)
(٣) ن . ف ٣١ يوليه ١٩٣٣ (س ٩٣٣ — ١ — ٣٤٤)
(٤) راجع الأمثال والشواهد فى تعليقات دالوز من فقرة ٤١٧٥ إلى ٤٢٤١ وراجع أخيراً حكم ٢ يناير سنة ١٩٣٤ (س ٩٣٤ — ١ — ٨) و ع . ف ٧ نوفبر سنة ١٩٣٤ (س ٩٣٤ — ١ — ٨٩)
(٥) ربرتوار دالوز فقرة ١٨٢٥ وما بعدها وتعليقات دالوز من فقرة ٤٢٤٢ إلى ٤٣٩٣ وفاى فقرة ١٢٨ و ١٢٩ وجارسونيه فقرة ٣٨٣
(٦) ومع ذلك فقد جرت محكمة النقض الفرنسية على عدم أخذها من تلقاء نفسها =

ولهذا فانه يشترط لقبول أسباب النظام العام لأول مرة أمام محكمة النقض ألا يكون الحكم المطعون فيه قد اكتسب قوة الشيء المحكوم به ، وأن تكون هذه الأسباب مستفادة من الأوراق التى سبق عرضها على المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه ، وألاّ يخالطها أى عنصر واقعى لم يسبق عرضه على هذه المحكمة (١) .

١٣٧ — فأما الشرط الأول ، فلأنهم غلبوا أصل اكتساب الحكم قوة الشيء المحكوم به على أصل جواز التمسك بالأسباب الجديدة الماسة بقواعد النظام العام . وعلى هذا فمن دفع بعدم ولاية المحكمة بنظر الدعوى ورفض دفعه واكتسب الحكم فى الدفع قوة الشيء المحكوم به . لا يكون له أن يطعن فى الحكم الصادر فى موضوع الدعوى بأنه قد خالف قواعد النظام العام بقضائه فى مسألة لا تدخل فى ولاية تلك المحكمة(٢) . ومن حكم عليه فى مسألة هى من وظائف إحدى الجهات الإدارية وقبل الحكم فاكتسب قوة الشيء المحكوم به . لا يكون له أن يطعن فيه بمخالفته قواعد الاختصاص العام .

١٣٨ — وأما اشتراط استفادة سبب الطعن من الأوراق التى كانت معروضة أمام محكمة الموضوع فمرجعه أن السبب الماس بقواعد النظام العام لا يمكن اعتباره قائماً فى الخصومة إلا إذا كانت هذه المحكمة تستطيع الوقوف عليه من

= بأسباب النظام العام إلا إذا كان الحكم المطعون فيه قد خالف أصلا أساسيا من أصول هذا النظام كأصل الفصل بين السلطات وأصل نظام الدرجتين ، أو كان لم يراع فى إصداره أو فى تحريره القواعد الشكلية التى اشترطها القانون لصحة الأحكام (فاى ص ١٤٦ . وقد جاء فيه أن محكمة النقض تجيب على ما تثيره النيابة من تلك الأسباب أخذت هى بها أو لم تأخذ . أما ما قد يثيره المستشار المقرر فى تقريره فلا تأبه له إلا إذا اقتضى نقض الحكم)

(١) جرسونيه ص ٦٧٤ وفاى ص ١٤٦ و ١٤٧ وهامش ٤ و ٥ وتعليقات دالوز من فقرة ٤٣٦٢ إلى ٣٩٣ :

(٢) ن . ف ٨ ديسمبر سنة ١٨٨٥ (د ٨٦ — ١ — ١٥٧) و ١٦ نوفمبر سنة ١٨٨٧ (د ٨٩ — ١ — ٢٧٦) و ٢٢ مايو سنة ١٩٠٠ (س ١٩٠٠ — ١ — ٣٦٨)

طبيعة الدعوى أو من موضوعها أو من صفات الخصوم أو من الحكم الصادر فيها [١] . ولقد أحسن المستشار (رو) فى إبرازه خواص هذه الأسباب فى تقريره الذى تلاه على دائرة العرائض بمحكمة النقض حيث قال « إن الأسباب الماسة بقواعد النظام العام هى التى تطالع محكمة الاستئناف بنفسها من خلال طبيعة الدعوى أو من موضوعها أو من صفات الخصوم أو من الحكم نفسه أو من بياناته : فهذه وحدها هى التى يجوز ابداؤها لأول مرة أمام محكمة النقض . أما الأسباب الأخرى التى لا تستلفت محكمة الموضوع والتى لم يكن قد عرضها الخصوم عليها ، فلا يصح إبداؤها لأول مرة أمام محكمة النقض » . وقد أخذت المحكمة بهذا الرأى فى القضية التى تلى فيها هذا التقرير فقالت « لا يقبل وجه الطعن الماس بقواعد النظام العام إلا إذا كان فى استطاعة محكمة الاستئناف تناوله هى بنفسها ، لأنه ليس من القانون ولا من العدل أن ينعى على حكم مخالفته للقانون إذا لم تكن المسألة التى خولف فيها القانون قد عرضت على المحكمة أو أشير إليها أو لم تكن تستطيع المحكمة الإلمام بها ، أما ووجه البطلان المدعى به لم يكن ظاهرا بنفسه ولا هو قد عرض على محكمة الموضوع ، فيجب التقرير بعدم قبوله » [٢] .

١٣٩ — أما اشتراط عدم اختلاط السبب بأى عنصر واقعى آخر لم يسبق عرضه على محكمة الموضوع ، فظاهر لأن السبب لا يكون قانونيا صرفا إلا بتوافر هذا الشرط [٣] .

ومن تطبيقات محكمة النقض الفرنسية فى ذلك أنها قضت بعدم جواز التمسك

---

(١) سيمونيه فقرة ١٥٢ وهامش ٢

(٢) ١٢ ديسمبر سنة ١٨٧١ (د ٧٢ — ١ — ٣١٥) وتقرير المستشار (رو) ص ٣١٦ و ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٣ (س ٩٤ — ١ — ١٣٣) و ١٠ فبراير سنة ١٨٩٦ (س ٩٦ — ١ — ١٨٤)

(٣) ٥ يناير سنة ١٨٧٥ (د ٧٦ — ١ — ١٥) والأحكام التى أشار إليها جارسونيه فى ص ٦٧٥ هامش رقم ١٧ ثم حكم ٥ مارس سنة ١٩٠٦ (س ٩٠٦ — ١ — ٣٥٢) وأول يوليه سنة ١٩٢٤ (د ٩٢٦ — ١ — ٢٧)

بمخالفة الحكم لنص المادة ٤٤٤ من قانون المرافعات (التى تقضى بسقوط الحق فى رفع الاستئناف بعد ميعاده) إذا لم تكن الأوراق الدالة على صحة هذا الدفع قد قدمت لمحكمة الموضوع[1].

وكذلك قضت بأن الدفع ببطلان بيع البضاعة التى حدد ثمنها بعملة أجنبية وإن كان فى ذاته من النظام العام، إلا أنه لما كان الحكم بصحة العقد أو ببطلانه يتعلق بما إذا كان البيع بالنسبة لظروفه يعتبر عملا تجاريا تجرى عليه أحكام القانون الدولى الخاص أو عملا تجاريا محليا تجرى عليه أحكام القانون الداخلى، فإنه لا يجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض إذا كان الخصوم لم يعنوا بعرض هـــذه الظروف على محكمة الموضوع ولم يكن الحكم المطعون فيه قد تعرض لها[2].

١٤٠ — ولما كان هذا الكتاب لا يتسع لإيراد ما قيل فى تعريف قواعد النظام العام[3] ولا لتعداد ما يصح تقديمه من الأسباب المترتبة على مخالفة هذه

---

(١) ١٠ فبراير سنة ١٨٩٦ (س ٩٦ — ١ — ١٨١). أما قبول الطعن بعدم قبول الاستئناف لرفعه بعد الميعاد، فقد كانت محكمة النقض الفرنسية لا تعتبره من النظام العام، ثم عدلت عن ذلك إلى عكسه بحكميها الصادرين فى ٧ أغسطس سنة ١٨٤٩ و٢ أبريل سنة ١٨٥٠ (د ٥٠ — ١ — ٨١ و ٨٢) وحجتها التى ذكرتها فى حكمين أن وظائف محكمة الاستئناف، كما حددها القانون بطبيعة القضايا وقيمتها، قد حددها كذلك بالمواعيد التى يجب رفع الاستئناف فيها، وبهذا كان الدفع بعدم قبول الاستئناف المرفوع عن حكم أصدرته محكمة الدرجة الأولى بصفة انتهائية كالدفع بعدم قبول الاستئناف لرفعه بعد الميعاد، كلاهما من النظام العام. وللأفوكاتو العمومى نيقولا جيار رأى مخالف، فرق فيه بين الدفعين واعتبر الثانى منهما غير متعلق بالنظام العام (راجع مرافعته فى دالوز ١٨٥٠ — ١ — ٢٥٧ وما بعدها)، وهو رأى وجيه جدير بالنظر والاعتبار وإن كان القضاء الفرنسى والمختلط والأهلى قد ثبت على خلافه (العشماوى ص ٦٢٨ هامش رقم ١).

(٢) ن. ف ٢٠ فبراير سنة ٩٣١ (س ٩٣١ — ١ — ١٨١) وراجع أيضاً ن. ف ١٧ أبريل ١٩٢٦ (س ٩٢٦ — ١ — ١٣٦) و ن. ف ١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٩ (س ٩٣٠ — ١ — ١١٧).

(٣) على أنه يمكن حصر هذه الأقوال فى طائفتين أو فى ثلاث: الطائفة الأولى طائفة من لم يضع حدا عاما لما هو من النظام العام وما ليس منه، وإنما يحاول تعريف النظام العام بتعداد المسائل التى تعتبر القوانين المعلقة بها من النظام العام، ومن هؤلاء الفقهاء الإيطاليون، فانهم=

القواعد ، فحسبنا أن نذكر تأنيساً لما قدمناه أن محكمة النقض الفرنسية قد قبلت الطعون المبنية على مخالفة قاعدة الفصل بين السلطات العامة[١] ، أو أصل عدم انعطاف القانون على الحوادث السابقة عليه[٢] ، أو عدم ولاية المحاكم القضائية بنظر الدعوى[٣] ، أو قاعدة سقوط الحق فى الاستئناف لرفعه بعد الميعاد[٤] ، أو عدم جواز الاستئناف فى الأحكام الانتهائية الصادرة من محاكم الدرجة الأولى[٥] ،

= حين يحصون هذه المسائل يقولون إن القوانين المتعلقة بالنظام العام هى القوانين السياسية والادارية والمالية والجنائية ، وقوانين المسئولية المدنية ، والقوانين المتعلقة بالتنفيذ الجبرى ، والاجراءات والافلاس والقوانين المتعلقة بالعقارات والمنقولات والنشر والعلانية لمصلحة الغير ، والقوانين المتعلقة بالثقة العامة . والطائفة الثانية طائفة من يرى ترك المسألة لتقدير القاضى ، وهو ما رآه المعهد العلمى الدولى فى دور انعقاده بباريس سنة ١٩١٠ ، واتخذه الأستاذ بيليه أصلا ودافع عنه بأن ما يعتبر من النظام يتغير من بلد إلى بلد ومن وقت لآخر ، فلا فائدة من تعريفه مقدما بصيغة واحدة لكل البلاد أو لجميع الأزمان . والطائفه الثالثة طائفة من يكتفى بتحديد المقصود بقواعد النظام العام فى صيغة واسعة ، ومن هؤلاء الأستاذ فاليرى ، إذ يرى أن لا فائدة من حصر هذه القواعد أو تحديدها بتعريفها تعريفاً غامضاً ، ويكتفى بالقول بأن قاعدة النظام العام تتميز عن القواعد القانونية الأخرى بميزتين اثنتين : أولاهما أن يكون الغرض من هذه القاعدة إما تنظيم ما يسميه **la chose publique** مستنداً إلى الباب الأول من الكتاب الأول من قانون العقوبات الفرنسى ، ويعنى بذلك القوانين المقصود بها حماية أمن الدولة فى الداخل والخارج وحماية نظام الحكم فيها واستتباب السكينة والنظام القضائى والمالى والادارى والاقتصادى وحماية الآداب المرعية ، وإما أن يكون الغرض منها حماية الحقوق العامة المقررة فى الدستور والمعروفة بالحريات الضرورية ، كحرية التفكير والعمل وحرمة المنازل والملكية : وثانيتهما أن يكون لمخالفة هذه القاعدة جزاء بنص صريح فى القانون من عقوبة بدنية أو مالية توقع على المخالف ، كما يحصل ذلك عند مخالفة أحكام قانون العقوبات ، أو من بطلان التصرف المخالف للنظام العام (موجز القسمين الثالث والرابع من مقرر القانون الدولى الخاص للأستاذ الزينى فقرة ١٤٥ ص ١٩١ و ١٩٢ و ١٩٣ وهوامشها والمراجع التى به ، واقرأ فيه فقرة ١٤٧ فى بيان مدى تطبيق قواعد النظام العام باختلاف الغرض منها فى حق الوطنيين والأجانب فى داخل أرض الدولة وخارجها) . واقرأ رسالة الدكتور **W. Lienhard** سنة ١٩٣٥ والسنهورى نظرية العقود من ص ٤٩٠ إلى ٥٣٤ وهوامشها .

(١) ١٩ مايو سنة ١٨٢٥ (س ٨٢٥ — ١ — ٣١٠)

(٢) أول مارس سنة ١٩٠٩ (س ٩١٢ — ١ — ١٣٧)

(٣) ٣١ يناير سنة ١٩٠٢ (س ٩٠٦ — ١ — ٣٤)

(٤) ن . ف ١٧ نوفبر سنة ١٩٠٣ (د ٩٠٤ — ١ — ١٠٩) و ٢ يوليه سنة ١٩٠٨ (د ٩٠٨ — ١ — ٤٤٠)

(٥) وهو ظاهر لأنه ليس من وظائف محاكم الاستئناف النظر فيما صدر من الأحكام =

أو عدم قابلية الأملاك العامة للتداول أو التملك[1] . وكذلك قبلت الطعون المبنية على مخالفة الحكم المطعون فيه للشروط الشكلية الواجب توافرها فى تأليف المحكمة التى أصدرته أو فى توقيع ذات الحكم ، أو على إصداره فى جلسة غير علنية[2] ، أوالمبنية على عدم اتباع بعض القواعد الجوهرية المتعلقة باجراءات المرافعة أو المحاكمة كعلنية الجلسات[3] ، أو على عدم الحكم بثبوت غيبة من لم يحضر من الخصوم فيما

= غير قابل للاستئناف . وقد قالت محكمة النقض الفرنسية فى تقرير هذا الأصل إنه ليس للخصوم باتفاقهم أو بسكوتهم أن يعطوا محاكم الاستئناف اختصاصاً ليس لها بحكم القانون (حكم ٢٩ مايو سنة ١٨٥٠ (د ٥٠ — ١ — ٢٣٧) و ١٣ يونيه سنة ١٨٩٢ (د ٩٢ — ١ — ٣٥٠) فى جواز قبول الطعن من المستأنف نفسه ، وحكم ١٥ يناير سنة ١٨٨٩ (س ٩٠ — ١ — ٣٤٩) فى جواز أخذ محكمة النقض بذلك الوجه من تلقاء نفسها .

(١) ١٩ أبريل سنة ١٨٥٦ (س ٥٦ — ١ — ٨٠٨)

(٢) راجع فى عدم تأليف المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه تأليفاً قانونيا ٨ يونيه سنة ١٨٤٧ (س ٤٧ — ١ — ٦٠٣) و ٢ مايو سنة ١٨٩٢ (س ٩٣ — ١ — ٢٥٣) . أما حكم محكمة الدرجة الأولى الصادر من هيئة غير مؤلفة تأليفاً قانونيا ، فلا يصح التمسك ببطلانه لأول مرة أمام محكمة النقض ما دامت الهيئة التى أصدرت الحكم الاستئنافى كانت صحيحة التأليف (فى فقرة ١٣٢)

وراجع حكم محكمة النقض المصرية فى ٢ فبراير سنة ١٩٣٣ فى بطلان الحكم لعدم اشتراك من سمع المرافعة من المستشارين فى إصداره وعدم توقيعه على مسودته (القانون والاقتصاد س ٣ رقم ٩٥ ص ٨١) و ن . م . ج ١٦ يناير سنة ١٩٣٣ فى اعتبار الطعن بأن أحد القضاة الذين اشتركوا فى إصدار الحكم المطعون فيه كان وكيلا للنيابة وحقق القضية ماسا بمبدإ عدم إمكان الجمع بين وظيفة النيابة ووظيفة القضاء الذى هو من أصول النظام الطبيعى العام المفهومة بالضرورة (القانون والاقتصاد س ٣ رقم ٧٧) وقارنه ن . م . ج ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٣٢ (المرجع المتقدم س ٣ رقم ٤٠) فى أن الطعن بأن أحد قضاة الهيئة التى أصدرت الحكم المطعون فيه كان قبل دخوله فى القضاء محامياً ، وكان وكيلا عن خصم الطاعن (المجنى عليه) فى الدعوى المطعون فى حكمها ، هو طعن قائم على حالة من الحالات الموجبة للرد فلا يمكن التحدى به لأول مرة لمحكمة النقض ، بل الواجب ادعاؤه فى الميعاد القانونى وبالطرق المقررة لرد القضاة .

(٣) ربرتوار دالوز فقرة ١٨٣٧ / ١ و ن . ف ١٨ يناير سنة ١٨٣٠ (س ٣٠ — ١ — ٤٣٠) فى بطلان الاجراءات لعدم علنية المرافعات أمام المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه و ن . م . ج ١٦ مايو سنة ١٩٣٢ (مجموعة القواعد القانونية ج ٢ رقم ٣٥١ ص ٥٤٧ و ٥٤٨ الصادر بنقض حكم محكمة الجنايات القاضى ببراءة متهمين لم يقدموا لقاضى الإحالة ، لاعتبارها تقديم الجناة لقاضى الاحالة من قواعد النظام العام . وقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية =

وجب الحكم بثبوت الغيبة فيه[1]، أو على بطلان الاتفاقات والعقود المخالفة قواعد النظام العام[2]، أو على عدم صحة تمثيل من ناب عن الدولة[3] أو القرى[4]

= إجراءات التفليس من قواعد النظام العام، ٨ أبريل سنة ١٨٨٤ (د ٨٤ — ١ — ٤٣٩) بخصوص بطلان الحكم الصادر فى المنازعات التى تنشأ عن التفليس بسبب عدم تقديم مأمور التفليس تقريره عنها لأودة المشورة (فاى ص ١٥٣ وهامش ٢٢)، وكذلك إجراءات المصالحة قبل الاذن برفع دعوى الفرقة بين الزوجين عملا بالمادة ٢٣٨ من القانون المدنى (فاى ص ١٥٤ هامش ٢٥)

(١) إن وجوب الحكم بثبوت غيبة من لم يحضر من المدعى عليهم وتأجيل الدعوى لاعلانهم بالحكم هو قاعدة معتبرة فى فرنسا من النظام العام أمام المحاكم الابتدائية ومحاكم الاستئناف (جارسونيه جزء ٦ ص ٦٧٤ وهامش ١٤). وليس الأمر فيها كذلك فى القانون الأهلى، لأن نص المادة ١٢٣ من قانون المرافعات المعدل إنما يعلق الحكم بثبوت الغيبة وتأخير الدعوى إلى ميعاد يمكن فيه إعلان الحكم للغائبين على طلب المدعى ذلك من المحكمة.

(٢) كبطلان الاتفاق المتضمن الالتزام بدفع فوائد ربوية تزيد على الحد القانونى (٢٨ يونيه سنة ١٨٧٦، د ٧٦ — ١ — ٣٧٥)، ودفع فوائد على الفوائد كذلك (٥ يوليه سنة ١٨٩٥، س ٩٧ — ١ — ١٣٣) و ٤ مارس سنة ١٩٠٢، (د ٩٠٣ — ١ — ٢١٥) فى مخالفة نص المادة ٢٠٧٨ من القانون المدنى المقابلة للمادة ٥٤٣ من قانوننا. وقد اعتبرت المحاكم المصرية مخالفاً للآداب العامة السمسرة فى الزواج وتأجير مكان للدعارة، كما اعتبرت كذلك بيع الرتب والنياشين والحجر على الحرية فى الاحتراف والاتجار والمزايدة والزواج، والاتفاقات الحاصلة بقصد الاعفاء من المسئولية فى الجرائم أو من الغش والتدليس.

هذا وقلما تعرض لمحكمة النقض مسألة جواز التمسك لأول مرة أمامها بأسباب بطلان الاتفاقات باعتبارها ماسة بالنظام العام، لأنه يندر من جهة ألا يحصل التمسك بهذه الأسباب أمام محكمة الموضوع، ولأنه من جهة أخرى لا يتصور إبداؤها باعتبارها أسبابا قانونية صرفا إلا إذا كانت بيانات الحكم — فوق كفاية دلالتها على قيام أسباب البطلان هذه فى الدعوى — تدل على أن محكمة الموضوع مع إلمامها بهذه الأسباب تكون قد اعتبرت الاتفاق مع ذلك صحيحاً وأعطته أحكام العقد الصحيح (فاى فقرة ١٤٣ ص ١٥٨).

(٣) وقد قالت محكمة النقض الفرنسية بحكمها فى ٧ يناير سنة ١٨٩٥ (د ٩٥ — ١ — ٣٠٨): إن المسألة المرفوعة لها ليست مسألة بطلان فى الاجراءات، وإنما هى مسألة ما إذا كانت الدولة قد مثلها فى الخصومة من له الاذن، أو لم يمثلها، فهى لذلك من النظام العام ويصح إبداؤها لأول مرة.

(٤) وكذلك قالت بحكمها فى ٨ ديسمبر سنة ١٨٨٥ (د ٨٧ — ١ — ٤٩٢). وأساس الإدارة المحلية فى فرنسا هو البلدة أو القرية la commune. وهذا اللفظ يطلق فى اصطلاحهم على المدن التى يبلغ عدد سكانها مئات الألوف من الأنفس، وعلى القرى التى لا يتجاوز أهلوها بضع المئات. والسلطات الادارية التى تتولى الادارة المحلية فى القرى عندهم =

أو المنشآت الخيرية[١] أو عن القصر والمحجور عليهم فيما يرفعونه أو يرفع عليهم من الدعاوى أمام المحاكم[٢].

أما وجوب تقديم الدعاوى أمام محكمة من محاكم الدرجة الأولى ثم أمام محكمة من محاكم الدرجة الثانية وعدم جواز عرض النزاع على محكمة الدرجة الثانية مباشرة فلم تعتبره محكمة النقض الفرنسية من الأصول المتعلقة بالنظام العام[٣]، ولذلك قضت بعدم قبول وجه الطعن المبنى على أن محكمة الاستئناف قد فصلت فى طلب جديد لم يسبق عرضه على محكمة الدرجة الأولى[٤]. ثم رأت بعد ذلك ، فى حكمها

= هى المجلس البلدى والعمدة . ومن وظائف العمدة أنه يمثل قريته أو بلده أمام الجهات القضائية مدعية أو مدعى عليها ، ولكنه لا يستطيع القيام عنها فى هذه الشؤون إلا إذا أذن له فيها من المجلس البلدى أو من مجلس المديرية (مادة ١٢١ من قانون ٥ أبريل سنة ١٨٨٤) . وقد بقى هذا الاستئذان ضروريا وجوهريا لصحة انعقاد الخصومة إلى أن صدر قانون ٨ يناير سنة ١٩٠٥ فاسترد العمدة أهليته التامة فى تمثيل بلده ، لكن بقى حق الأفراد فى تمثيل بلدتهم مفتقراً إلى إذن خاص (راجع هوريو فى موجز القانون الإدارى بالطبعة العاشرة ص ٩٠٧ — ٩٠٩ وجابيو طبعة أولى ص ٦٤ هامش ١ وحكم ١٢ نوفبر سنة ١٨٨٣ ، د ٨٤ — ٥ — ٩٧)

(١) راجع فيمن يمثل المنشآت الخيرية جارسونيه جـ ١ ص ٥٥٦ وهامش ١ .

(٢) الزوجة عندهم كالقاصر وليها زوجها ، فمتى أذن لها بالتصرف صح ، وإلا بطل بطلاناً نسبيا . والقضاء الفرنسى جرى على اعتبار البطلان المترتب على عدم أهلية الزوجة للتقاضى بغير إذن زوجها ماسا بالنظام العام ، وذلك على تقدير أنه من الاجراءات الشكلية الواجبة مراعاتها فى حق الزوجة (المادتان ٢١٥ و ٢١٨ من القانون المدنى و ن . ف ١٥ نوفبر سنة ١٨٧٥ ، د ٧٥ — ١ — ٥٣٥) . وقد أشير إلى التفرقة بين بطلان مباشرتها التقاضى بغير إذن زوجها وبين بطلان ما تعقده من العقود بغير إذنه فى جارسونيه ص ٦٧٤ هامش ١١ وفاى ص ١٥٦ هامش ٣٥ ومطول بلانيول جـ ٢ ص ٣٧٦ وهامش ٣

وراجع فى بطلان التقاضى لعدم أهلية المحجور عليه لعته ، طبقاً للمادة ٥٠٢ من القانون المدنى الفرنسى ، حكم أول فبراير سنة ١٨٧٦ (د ٧٦ — ١ — ٨٠) ويقول جابيو : إن عدم أهلية القصر والمحجور عليهم للتقاضى لا يتعلق بغير مصلحتهم فى الواقع ، إلا أنه لمساسه بأصل التقاضى أصبح يتعلق على نوع ما بالنظام العام (ص ٦٤) ، ولذلك لا يجوز التمسك بهذا السبب أمام محكمة النقض إلا لمن ينوب عنهم نيابة صحيحة ، أما خصمهم فلا يجوز له التمسك به (راجع فاى ص ١٥٥)

(٣) فاى ص ١٥٢ وحكم ٥ مايو سنة ١٨٨٦ (س ٨٦ — ١ — ٣١١) و ١٣ يوليه سنة ١٨٧٥ (د ٧٦ — ١ — ١١٨)

(٤) فاى ص ١٥٢ وتعليق جلاسون فى (د ٨٩ — ١ — ١٧٧)

الصادر فى ١٣ مارس سنة ١٨٨٩ [١] ، وجوب التفرقة بين الطلب الجديد يقدم لمحكمة الاستئناف ضمن دعوى مرت من قبل على محكمة الدرجة الأولى ، و بين الدعوى برمتها تقدم لمحكمة الاستئناف مباشرة ، فقالت إن مخالفة نظام الدرجات فى الصورة الثانية هى التى تمس بالنظام العام [٢] . ويرى المستشار فاى أن لا محل لهذه التفرقة وأن مخالفة ذلك الأصل فى الصورتين لا مساس فيها بالنظام العام [٣] .
ومحكمة النقض المصرية قد قضت بما يوافق رأى محكمة النقض الفرنسية المعدول إليه فقالت : إن الدفع بعدم جواز التقاضى لدى محكمة الدرجة الثانية لأول مرة لا يكون من النظام العام إلا إذا كانت الدعوى برمتها مقدمة لتلك المحكمة مباشرة . أما إن كانت الدعوى قدمت فى الأصل لمحكمة الدرجة الأولى ، وعند انتقالها للدرجة الثانية أضيف إليها طلب جديد متفرع عنها ومن المحظور إبداؤه لأول مرة أمام محكمة الدرجة الثانية ، فإن قبول هذا الطلب الجديد وعدم قبوله لا يكون متعلقاً بالنظام العام بل هو من قبيل المصالح الخاصة التى يملك الخصوم وحدهم فيها أمر القبول وعدمه ، ومتى أمسكوا عن الاعتراض على تقديم مثل هذا الطلب فإن المحكمة تملك النظر فى موضوعه ، ومتى حكمت فيه فإن قضاءها يكون صحيحاً لا مطعن فيه [٤] .

وكذلك قضت محكمتنا « بأن الحكم الصادر من المحاكم الأهلية باعتبار الوقف حاصلاً فى مرض موت الواقف و بالسير فى الاجراءات الموصلة لمعرفة ماذا يكون الحكم فى النهاية ، يكون قضى ضمناً باختصاص المحاكم الأهلية بنظر دعوى بطلان الوقف الحاصل فيه النزاع ، وهذا القضاء الضمنى المخالف للنظام العام هو سبب قائم

(١) ١٧ مايو سنة ١٨٩٣ (د ٩٤ — ١ — ١٢١)
(٢) ن . ف ٢٩ مايو سنة ١٩٠٢ (د ٩٠٣ — ١ — ١٠٠)
(٣) فاى ص ١٥٢ و ١٥٣ وهامشها رقم ٩
(٤) ٣١ يناير سنة ١٩٣٥ (القانون والاقتصاد سنة ٥ رقم ٢٤ ص ١٠١ والمحاماة س ١٥ ق ١ رقم ١٠٥ ص ٢٢٩)

فصلاً فى الدعوى ومبطل للحكم الصادر فيها ولمحكمة النقض أن تثيره من تلقاء نفسها وتحكم بما يقتضيه قيامه و إن لم يثره الخصوم »[(١)] .

الفرع الرابع

عدم جواز تمسك المدعى عليه فى الطعن بالأسباب الجديدة

١٤١ — وكما لا يصح للطاعن أن يتمسك فى طعنه بوجوه جديدة إلا إذا كانت أسبابا قانونية صرفا أو حججا قانونية ، على ما سبق تفصيله ، فكذلك لا يصح للمدعى عليه فى الطعن أن يتمسك فى تأييد طلبه الحكم برفض الطعن بما لم يسبق له عرضه من الأسباب على المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه أو بما لم يسبق لهذه المحكمة من تلقاء نفسها التصدى له منها[(٢)] . لأن ما يعرضه من ذلك يكون قوامه بالضرورة أموراً واقعية جديدة ليست محكمة النقض بسبيل بحثها والنظر فيها لخروجها عن وظيفتها واختصاصها .

أما ما كان سببا قانونيا صرفا أو حجة قانونية فانه يكون للمدعى عليه فى الطعن أن يتمسك به فى إقامة الحكم المطعون فيه على اعتبار أنه قد صدر موافقاً للقانون ، لأنه يجب على القاضى تطبيق ما يجب تطبيقه من القواعد القانونية على حاصل الفهم فى واقع الدعوى ، بغير اعتبار إلى ما يكون للخصوم من رأى أو حجة أو توجيه ؛ والمدعى عليه كالمدعى إذ يعرض على القاضى دفوعه ووجوه دفاعه يلتمس ترديد ذلك كله على جميع الوجوه القانونية الصالحة لتأييد مركزه فى الخصومة . ويترتب على ذلك أن يكون للمدعى عليه فى الطعن أن يتمسك بكل سبب قانونى صرف أو حجة قانونية كذلك متى توافرت شروط قبولها أمام

---

(١) ٦ يونيه سنة ١٩٣٥ (القانون والاقتصاد س ٥ رقم ٧٩ ص ٢٨٠ والمحاماة س ١٦ رقم ١٠٧ ص ٢٦٢)

(٢) ربرتوار دالوز فقرة ١٨٠٤ وكاربنتيه فقرة ٢٠٠٥ وما أشير إليه فيها من أحكام .

محكمة النقض ، بل يترتب عليه — كما سنشرحه فى موضع آخر من هذا الكتاب — أن يكون لمحكمة النقض نفسها — متى رأت الحكم المطعون فيه صحيح النتيجة قانوناً — أن تحذف منه ما عساه يكون قد أخطأ فيه من الاعتبارات القانونية وأن تستعيض عنها بما يمكن أن ينبنى عليه الحكم من الأسباب القانونية الصحيحة[١] .

الفرع الخامس

كيف تحقق محكمة النقض من توافر شروط القبول فى أسباب الطعن ؟

١٤٢ — قد جرت محكمة النقض الفرنسية ، فى سبيل التحقق من توافر شروط القبول فى أسباب الطعن ، على الرجوع إلى وقائع الدعوى المدونة فى الحكم الشاملة أسماء الخصوم وصفاتهم والمثبتة حضورهم أو تخلفهم عن الحضور (les qualités) وطلباتهم الأصلية والاحتياطية أو الإضافية وما حصل فيها من تعديل أو تنازل والأوجه التى بنوا عليها مزاعمهم ودفاعهم والنقط القانونية التى تناولتها بحوثهم . ذلك لأن المادة ١٤١ من قانون المرافعات الفرنسى قد أوجبت على المحاكم

(١) كاربنتيه فقرة ٢٠٠٥ ، ٢٠٠٥ مكررة وحكم ١٩ فبراير سنة ١٨٨٩ (س ٨٩ — ١ — ٥٢٠٨) وقد صدر هذا الحكم فى نزاع على حق الانتفاع بالمياه الفائضة من نافورة من نافورات البلد ، دفع فيه المدعى عليه بأنه هو الذى تملك الحق بالتقادم ، وحكمت المحكمة فى الدعوى على أساس أن هذه المياه من الأملاك العامة التى لا تملك بالتقادم ، فطعن فى الحكم ؛ فلما رأت محكمة النقض أن المياه من أملاك البلد التى لا يمكن تملكها بالتقادم ، وأن الدفع بعدم تملكها إنما هو دفع خاص للقائمين على المنافع العمومية ، وأن بيانات الحكم تسمح مع ذلك بابقائه على ما صدر به إذا بنى على أسباب أخر صحيحة ، رفضت الوجه الخاص بذلك من وجوه الطعن ، وأبرمت الحكم المطعون فيه وأقامته على أسباب أخرى استفادتها من البيانات الدالة على عدم توافر نية التملك فى وضع اليد . وكذلك جرت محكمة النقض الفرنسية فى حكمها المؤرخ فى ١٦ يوليو سنة ١٨٨٨ (س ٨٩ — ١ — ١٠٨) وحكمها فى ٢٣ نوفمبر سنة ١٨٥٨ (س ٥٩ — ١ — ٦٨٢) فى عدم جواز قبول سبب قدمه المدعى عليه يؤيد به طلب رفض الطعن لما فيه من عنصر واقعى جديد لم يسبق عرضه على محكمة الموضوع (انظر كاربنتيه فقرة ٢٠٠٦)

الابتدائية ومحاكم الاستئناف — فيما أوجبت ذكره فى الأحكام — إيراد النقط الواقعية والقانونية إيراداً موجزاً قبل ذكر الأسباب التى بنيت عليها تلك الأحكام ، ثم أجازت المادة ١٤٢ لوكيل من كسب الدعوى — إذا كان الحكم حضوريا — أن يحرر وقائع الدعوى الشاملة لأسماء الخصوم وصناعاتهم ومحال إقامتهم وطلباتهم ونقط الدعوى الموضوعية والقانونية ، على أن يعلن الورقة التى يحررها لوكيل الخصم ، ولهذا أن يعارض فيما دون بها فيفصل رئيس الجلسة أو أقدم قضاة الهيئة التى حكمت فى الدعوى فى هذه المعارضة ، ويؤشر بما تجب إضافته أو حذفه (راجع المواد ١٤٢ وما بعدها من قانون المرافعات) . ولأهمية هذا الجزء من الحكم عندهم ، ولما يترتب على عدم المعارضة فيما دون به من جواز حمله على الصحة والكفاية ، قد رأت محكمة النقض ألا تعول إلا عليه وألا تقبل المذكرات المفصلة لوجوه الدفاع ، إلا إذا كان قد أشار هذا الجزء من الحكم إلى تقديم تلك المذكرات أو بحثت المحكمة فعلا بعض ما ورد بها فى أسباب حكمها المطعون فيه . ذلك لأنها تقدر أن ما لم يشر الحكم إلى تقديمه من الطلبات ووجوه الدفاع التى استمدت منها أسباب الطعن يكون قد تركه صاحبه لدى المرافعة ولذلك لم يعن هو بالعمل على تدوينه فى الحكم أو الإشارة فيه إلى مظان تقديمه للمحكمة[1] .

وقد رأينا موسوعة كاربنتييه تفرق بين أحكام المحاكم الابتدائية ومحاكم الاستئناف التى لوكلاء الخصوم فى تحرير وقائعها نوع اشتراك أو إشراف ، وبين أحكام قضاة الصلح وأحكام المحاكم التجارية التى يباشر تحريرها كتبة هذه المحاكم . وتقول إنه إن صح أن يحمل سكوت الأحكام الأولى عن الإشارة إلى سبب الطعن المتنازع فى جدته على أن صاحب السبب قد تركه لدى المرافعة

(١) راجع كاربنتييه فقرة ٢٠٩٩ وما بعدها وحكم ٢٨ يونيه سنة ١٨٩٢ (س ٩٣ — ١ — ٤٦٨) . على أنه يكفى أن يكون الحكم المطعون فيه قد بحث المسألة المتعلقة بوجه الطعن لاعتباره غير جديد (تعليقات دالوز فقرة ٣٩٧٨ — ٣٩٨٠)

بعد التمسك به فى المذكرة المقدمة منه ، ولذلك لم يعن بإيراده فى الوقائع ، فانه يجب حمل هذا السكوت فى الأحكام الأخرى على اعتدادها فى الذكر وعدمه بجميع ما اشتملته المذكرات التى تبادلها الخصوم بينهم بصفة قانونية[١] .

وما أحسن وأوجز ما انتقد به جارسونيه[٢] نظام تحرير وقائع الدعوى عقب الحكم فيها على الوجه المبين بقانون المرافعات الفرنسى حيث قال : حسب هذا النظام من خطر وضرر أن يكون من آثاره أن تقضى محكمة النقض بعدم قبول سبب الطعن لمجرد عدم وروده أو عدم الإشارة إليه فى الجزء المخصص من الحكم المطعون فيه بذكر وقائع الدعوى .

١٤٣ — وما دام شارعنا لم يأخذ فى القانون الأهلى بهذا النظام ولم يشر إلى هذا الجزء من الحكم (مع أهمية وجوب العناية بتحريره) ، لا فى المادة ١٠٣ مرافعات التى توجب اشتمال أحكام المحاكم الابتدائية والاستئنافية على الأسباب التى تبنى عليها ، ولا فى المادة ١٠٥ التى تنص على ما يجب ذكره فى نسخة الحكم الأصلية ، فقد تعين الرجوع إلى صحائف الدعاوى والمذكرات وجميع الأوراق والمستندات التى كانت تحت نظر محكمة الموضوع ، لمعرفة ما إذا كان سبب الطعن قد عرض أو لم يعرض على محكمة الاستئناف ، ووجب اعتبار سكوت الحكم عن إيراد سبب الطعن مؤذناً بالاعتداد فى ذلك بما اشتملت عليه تلك الأوراق المعتبرة قانوناً من ملحقات الحكم[٣] . وقد بينا فى موضع آخر أن هذا هو مذهب محكمتنا المصرية الجنائية والمدنية .

---

(١) كاربنتييه فقرة ٢١٢٥

(٢) جزء ٦ ص ٦٦٩ وجزء ٣ فقرة ٦٧٨ .

(٣) وقد قضت محكمتنا برفض الطعن ، إذا لم يكن بالحكم المطعون فيه ما يدل على صحة ما ادعاه الطاعن من أنه قد اعترض على طلب أبداه خصمه لأول مرة لمحكمة الدرجة الثانية ، ولم يقدم الطاعن لمحكمة النقض مذكرة أو محضر جلسة يدل على أنه قد اعترض لدى محكمة الاستئناف على الطلب الجديد وأن هذه المحكمة مع اضطلاعها بهذا الاعتراض قد أغفلت ذكره والرد عليه (٣١ يناير سنة ١٩٣٥ السابق الذكر ، القانون والاقتصاد س ٥ رقم ٢٤ ص ٢٨٠)

و إنا نختم هذا البحث بلفت النظر إلى ضرورة تقديم صور هذه الأوراق كلما لاحظ الخصوم قصور الأحكام المطعون فيها عن إيراد جميع نقط الدعوى الواقعية والقانونية ، و بخاصة عن الإشارة إلى ما قدموه من الطلبات ووجوه الدفاع التى استمدوا منها أسباب الطعون ، فبذلك تستطيع محكمة النقض الفصل فيما يقوم بينهم من نزاع على جدة الأسباب وعدم قبولها .

وقد قررت أيضاً بأنه إذا ادعى الطاعن أن علة تأخيره فى دفع الثمن هى وجود عجز فى المبيع وأن الحكم المطعون فيه لم يرد على دفاعه هذا ، ثم تبين أن هذا الحكم لم يثبت به هذا الادعاء ولم يقدم الطاعن من جانبه لمحكمة النقض أى دليل على حصول ادعائه بذلك لدى محكمة الاستئناف ، فادعاؤه هذا يكون من الأسباب الجديدة (٢ مايو سنة ١٩٣٥ القانون والاقتصاد سنة ٥ رقم ٥٨ ص ٢١١)

الباب الثانى
فى حالات الطعن على التفصيل

الفصل الأول
فى الطعن بمخالفة القانون أو بالخطأ فى تطبيقه أو فى تأويله

الفرع الأول
فى معنى مخالفة القانون والخطأ فى تطبيقه وفى تأويله

١٤٤ — فى القانون الفرنسى : تدل نصوص القانون الفرنسى ، من قانون ٢٧ نوفمبر سنة ١٧٩٠ (المادة ٣) إلى قانون ٢٠ أبريل سنة ١٨١٠ (المادة ٧) وكذلك نصوص جميع الدساتير المتعلقة بوظائف محكمة النقض ، على أن المخالفة الصريحة للقانون (la contravention expresse à la loi) هى التى تجيز الطعن فى الأحكام بالنقض . ولذلك كانت محكمة النقض الفرنسية تتقيد فى أوائل عهدها بهذه النصوص ، متأثرة بظاهرها و بآراء الفقهاء فى ذلك العصر [1] ،

---

(١) اقرأ مانقله ربرتوار دالوز عن الفقيه هنريون دى بانسى من أن القول بالخطأ فى تطبيق القانون هو بدعة شنيعة une innovation funeste (فقرة ١٣٥٧) وما نقله فى هذه الفقرة عن كاريه من أن الرأى الذى كان سائداً فى ذلك العصر أن التفسيرات القانونية ، صحيحة كانت أم غير صحيحة ، إذ تقوم كلها على الشك ، لا يصح إنزالها منزلة القانون واعتبار الخطأ فيها خطأ فى القانون . ويقرب هذا النظر من نظر « نفاة القياس» فى الفقه الإسلامى ، إذ يقولون إن القياس لابد فيه من علة مستنبطة من حكم الأصل ، والحكم فى الأصل يحتمل أن يكون معللا وأن يكون غير معلل ، وإذا كان معللا احتمل أن يكون لنا طريق إلى العلم بعلته ، واحتمل ألا يكون لنا طريق ، وإذا كان لنا طريق احتمل أن تكون العلة هى هذه المعينة ، =

فكانت تقبل الطعن إذا تعارض الحكم المطعون فيه تعارضاً تاما مع القانون (en opposition diamétrale) ولا تقبل الطعون المبنية على مجرد خطأ فى تأويل القانون أو فى تطبيقه[1] . ثم جعلت تتحرر من هذا الظاهر[2] فأخذت تنقض الأحكام المبنية على مخالفة روح القانون ، ثم الأحكام المبنية على الخطأ فى التكييف وتطبيق القانون[3] .

١٤٥ — وأنت إذا لاحظت أن فهم القانون هو العلم بمراد الشارع منه

= وأن تكون جزء علة ، وأن تكون العلة غيرها ، وإذا ظهرت العلة احتمل ألا تكون فى الفرع ، وإذا كانت فيه احتمل أن يتخلف عنها الحكم لمعارض آخر . وما هذا شأنه ، كيف يكون من حجج الله وأنبيائه وأدلة الأحكام التى هدى الله بها عباده ؟ (أعلام الموقعين الجزء الأول ص ٢٣٧)

(١) وكذلك كانت الحال فى القانون الفرنسى القديم حين كان مجلس الملك يتولى نقض الأحكام ، فلا يقبل الطعن فى الحكم إلا إذا كان مخالفاً للأوامر الملكية (وما جرى مجراها من القواعد القانونية) مخالفة ظاهرة claire حرفية littérale (مارتى فقرة ٢٨)

(٢) وقد ساعد على هذا التطور أن النص الوارد فى المادة ٣ من قانون ٢٧ نوفمبر سنة ١٧٩٠ على « المخالفة الصريحة لنصوص القانون contravention expresse aux texte de la loi » قد استبدل به فى دستور ٢٤ يونيه سنة ١٧٩٣ وفى الدساتير اللاحقة عليه والمادة ٧ من قانون ٢٠ أبريل سنة ١٨١٠ النص على « مجرد المخالفة الصريحة للقانون « contravention expresse à la loi.

ثم استبدل بهذا النص فى المادة ٨٨ من الباب السادس من قانون ٢٧ فنتور سنة ٨ النص على « مخالفة الحكم للقانون jugement contraire aux lois »

(٣) جارسونيه فقرة ٣٦٨ وتيسيه ص ٤٧٣ و ٤٧٤ ومارتى فقرة ٤٧ .

والدائرة الجنائية هى التى ابتدأت باعتبار الخطأ فى تطبيق القانون أو فى تأويله حالة من حالات الطعن بطريق النقض ، مستعينة فى ذلك بما دلت عليه نصوص القوانين الجنائية (المادة ٢٣ من الباب السابع من قانونى ١٦ — ٢٩ سبتمبر ١٧٩١) فقد جاء فيها ما نصه :

Dans le cas òu le jugement aura été annulé à raison de fausse application de la loi

والمرسوم بقانون ٢٩ سبتمبر — ٢١ أكتوبر سنة ١٧٩١ الذى جاء به :

Les demandes en cassastion ne peuvent être formées que ...... ou pour fausse application de la loi والمادة ٤٥٦ من قانون الجنح والعقوبات الصادر فى ٣ بريمور سنة ٤ والمواد ٤١٠ و ٤٢٩ و ٣٣٤ من قانون تحقيق الجنايات .

ولعل أقدم أحكامها فى ذلك هو حكم ٢٦ فريكتيدور سنة ٤ المشار إليه فى فقرة ١٧٩٦ من ريرتوار دالوز تحت كلمة « نصب » .

وأن هذا العلم يعرف تارة من عموم لفظه وتارة من عموم علته ، وأن الحوالة على الأول أوضح لأرباب الألفاظ ، وعلى الثانى أوضح لأرباب المعانى والفهم والتدبر ، وأنه يعرض لكل من الفريقين ما يخل بمراد القانون ، فيعرض لأرباب الألفاظ التقصير بها عن عمومها وهضمها تارة وتحميلها فوق ما أريد بها تارة أخرى ، ويعرض لأرباب المعانى نظير ما يعرض لأرباب الألفاظ ، فينشأ من ذلك غلط الفريقين . إذا لاحظت ذلك ، ولاحظت أن فقه القانون أخص من فهمه ، وأنه قدر زائد على مجرد فهم اللفظ ينحصر فى استنباط المعانى والعلل ونسبة بعضها إلى بعض واعتبار ما يصح منها بصحة مثله ومشبهه ونظيره وإلغاء ما لا يصح منه ، وأن الناس متفاوتون فى ذلك تفاوتهم فى العلم والنظر ، وأن دلالة النصوص نوعان : حقيقية وإضافية ، فالحقيقية تابعة لقصد المتكلم وإرادته ، وهذه الدلالة لا تختلف ، والإضافية تابعة لفهم السامع وإدراكه وجودة فكره وقريحته وصفاء ذهنه ، وهذه الدلالة تختلف اختلافاً متبايناً بحسب تباين السامعين فى ذلك[1] — إذا لاحظت ذلك وما إليه ولاحظت أنه لا سبيل لتطبيق القانون على ما يقوم بين الناس من المنازعات المختلفة المتطورة إلا بعد استثمار نصوصه واستنباط الأحكام الفرعية المتنوعة منه ، وأن لا سبيل كذلك إلى الانتفاع بما يستنبط من هذه الأحكام إلا إذا حكمت فى الخلاف فيها جهة عليا تراقب استنباطها كما تراقب كل اجتهاد فى تفسير القانون وتأويله — إذا لاحظت هذا كله تبين لك صحة ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية أخيراً من اعتبار الخطأ فى ذلك كله خطأ فى القانون يجب أن تضطلع هى بالإشراف عليه لتقويم معوجه .

١٤٦ — **فى القانون المصرى** : ولئن كان الواقع أن مخالفة القانون والخطأ فى تأويله أو فى تطبيقه إنما هى صور ثلاث لحالة واحدة هى الخطأ فى القانون ، وأن فى النص على جواز الطعن فى الأحكام إذا بنيت على مخالفة للقانون ، غنى

(١) مقتبس من فصل طويل قيم كتبه صاحب أعلام الموقعين فى الجزء الأول منه .

عن النص على جواز الطعن فيها إذا بنيت على الخطأ فى التطبيق أو فى التأويل[1]، فإن شارعنا مع ذلك قد رأى — قطعاً للشك — أن ينص على هذه الصور الثلاث فى المادتين ٩ و ١٠ من قانون محكمة النقض وأن يتخذ فى بيانها الألفاظ الثلاثة التى استعملت فى كتب الفقه وأحكام المحاكم الفرنسية للدلالة على نوع الخطأ الذى يجيز الطعن :

"voilation, fausse appliquation ou mauvaise interprétation de la loi"

١٤٧ — على أن مخالفة القانون (بمعناها الحقيق) تكون بترك العمل بنص قانونى لا يحتمل التأويل ولا خلاف فى وجوب الأخذ به فى الدعوى . ومن أمثلتها تجزئة الإقرار القضائى على خلاف حكم المادة ٢٧٣ من القانون المدنى ، وعدم الأخذ بحجية الشىء المحكوم به على خلاف نص المادة ٢٣٢ من القانون المدنى ، وعدم قبول الإثبات بالبينة على أن البيع الوفائى كان مقصوداً منه إخفاء رهن على خلاف نص المادة ٣٣٩ المعدلة من القانون المدنى .

١٤٨ — والخطأ فى تأويل القانون يكون بإعطاء النص الواجب تطبيقه معنى غير معناه الحق . ومن أمثلته قياس الدفع بعدم قبول دعوى الدين قبل حلول أجل الوفاء على الدفوع الابتدائية التى أوجب القانون تقديمها فى مبدإ الخصومة و إلا سقط الحق فيها[2]، وتعدية أحكام الدفع ببطلان أوراق المرافعات الواردة بالمواد ١٣٢ و ١٣٨ و ١٣٩ من قانون المرافعات إلى الدفع ببطلان مشارطة التحكيم لمخالفتها نص المادة ٧٠٥ من قانون المرافعات[3] ، وتحريم إمهال المدين

---

(١) اكتفى القانون البلجيكى بالنص على جواز الطعن بمخالفة القانون (المادة ٢٠ من قانون الاختصاص فى المواد المدنية الصادر فى ٢٥ مارس سنة ١٨٧٦ (سيمونيه فقرة ١٩٦) واكتفى القانون الصادر فى ١٨ يونيه سنة ١٩٢٧ بالخطأ فى تطبيق القانون (المادة ٤٢٨) .

(٢) جارسونيه ص ٦٥٤ هامش ٨

(٣) ن . م . م ٢٠ ديسمبر ١٩٣٤ (القانون والاقتصاد سنة ٥ رقم ١٤ ص ٣٠ والمحاماة س ١٥ ق ١ رقم ٨٧ ص ١٨٣)

فى الوفاء لمجرد ثبوت مداينته بعقد رسمى[١] ، وتأول نصوص مواد القانون المدنى الخاصة بانفساخ الالتزام بالقوة القاهرة لتقرير حكم انفساخ الالتزام بسبب طروء الحوادث المرهقة بالمدين التى لم تبلغ مبلغ الحوادث القاهرة وجعل الفسخ فيها على حساب الدائن[٢] .

١٤٩ — أما الخطأ فى تطبيق القانون فيكون بالعمل فى الدعوى بقاعدة قانونية لا تنطبق عليها ، كالأخذ بأحكام القانون الأهلى فيما وجب الأخذ فيه بأحكام القانون المختلط ، والأخذ بقاعدة من قواعد الفقه الإسلامى حيث لا يجب الأخذ فيه إلا بقاعدة قانونية . ومنه إخضاع الإبراء من الالتزام لقواعد الهبة الشكلية وعدم اخضاعه لقانون الأحوال الشخصية فيما اشترطه فى المبرىء من أهلية كاملة للتبرع ، وعدم إخضاع وصية المسيحى لوارثه المسيحى لحكم الشريعة الإسلامية فى عدم الأخذ بعدم نفاذ الوصية إلاّ باجازة باقى الورثة[٣] ؛ ومنه قبول الدعوى التى يرفعها وارث البائع على المشترى يطالب بها تثبيت ملكيته للمبيع اعتماداً منه على أن المشترى لم يسجل عقد شرائه وأن عقده غير المسجل لم ينقل إليه ملكاً له[٤] ؛ ومنه اعتبار إمهال المؤجر مستأجره فى وفاء الأجرة تقصيرا منه ضارا بالكفيل مخليًا لذمته مما أضاعه المؤجر بامهاله[٥] .

---

(١) جارسونيه ص ٦٥٤ هامش ٩ .

(٢) ن . م . م ١٤ يناير سنة ١٩٣٢ (المحاماة س ١٢ ص ٧٣٢ رقم ٣٥٩) وحكم ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣١ (المحاماة س ١٢ ص ٧٢٤) فى تأويل القانون واعتبار الحكم الصادر بنزع الملكية حائزا لقوة الشىء المحكوم به مانعاً للمدين والحائز من رفع دعواهما بالمعارضة فى مقدار الدين المراد التنفيذ من أجله .

(٣) ن . م . م ٢١ يوليه سنة ١٩٣٤ (القانون والاقتصاد س ٤ رقم ٦٨ ص ٢١١ والمحاماة س ١٥ قسم أول رقم ٤٤ ص ٨٧)

(٤) ن . م . م ١٧ نوفبر سنة ١٩٣٢ (القانون والاقتصاد س ٣ رقم ٦٩ ص ٥١ والمحاماة س ١٣ رقم ١٩٦ ص ٣٩٣)

(٥) ن . م . م ٢ فبراير سنة ١٩٣٣ (القانون والاقتصاد س ٣ رقم ٩٤ ص ٧٨ والمحاماة س ١٣ رقم ٤٢٣ ص ٨٥٧)

ومن الخطأ فى تطبيق القانون الخطأ فى تكييف فهم الواقع فى الدعوى بموجب القانون أو بحكم العقد . ومن أمثلته اعتبار الدعوى التى موضوعها المطالبة برد عين مغصوبة غير قابلة للتجزئة ، إذا كانت العين مادية قابلة للتجزئة فى ذاتها ومجزأة فعلاً ، تحت يد كل من المدعى عليهم بالغصب جزء معين فيها و يستند كل منهم فى وضع يده إلى عقد قدمه صادر من مملكه[1] ؛ وعدم اعتبار قطعة من الأرض من الأملاك العامة مع قيام ما يوجب اعتبارها كذلك[2] .

الفرع الثانى

فى شروط هذا الطعن

١٥٠ — وسواء أكان مبنى الطعن هو مخالفة القانون أم الخطأ فى تطبيقه أم فى تأويله ، فان فقه المادتين ٩ و١٠ من القانون يوجب : (أولاً) أن يكون ثمة قاعدة قانونية يمكن رد فهم الواقع فى المسألة المحكوم فيها إليها وتطبيقها على هذا الفهم الثابت بالحكم المطعون فيه و (ثانياً) أن يكون الحكم قد أخطأ فى هذه القاعدة القانونية سواء بمخالفتها أو بخطأ فى تطبيقها أو فى تأويلها و (ثالثاً) أن تكون المسألة القانونية المدعى وقوع الخطأ فيها قد عرضت على المحكمة التى أصدرت الحكم أو تعرضت هى لها و (رابعاً) أن يكون الحكم ذاته قد بنى على هذا الخطأ أو على تلك المخالفة .

الشرط الأول

١٥١ — وقد أجملنا فى فصل خاص ما يجب أن يفهم من كلمة « القانون »

(١) ن . م . م ٢٥ مايو سنة ١٩٣٣ (القانون والاقتصاد س ٣ رقم ١٢٢ ص ١٢١ والمحاماة س ١٣ رقم ٦٢٠ ص ١٢١٦)

(٢) ٢٣ يونيه سنة ٣٢ (القانون والاقتصاد س ٣ رقم ٥٧ ص ٤٣ والمحاماة س ١٣ ص ٢٧٧ رقم ١٢٣)

التى أهمل الشارع بيانهـا عمدًا — كما تقول المذكرة الايضاحية — حتى تتولى محكمة النقض تحديد المعنى المقصود منهـا ؛ فقلنا إنه ليس المراد من كلمة القانون ماسنته وتسـنه السلطة التشريعية بالأوضاع المعتادة (les lois formelles) بل المراد كل ما كانت مادته من قواعد السلوك المفروضة فى المعاملات بين الأفراد ، سواء أكان الذى فرضها ورتب الجزاء على مخالفتها صاحب السلطان فى الدولة مباشرة أو غير مباشرة من عرف أو عادة أو معاهدة أو شريعة إسلامية أو قانون دينى آخر ؛ ثم فصلنا ذلك الإجمال فى مباحث متعددة وأتينا فى كل مبحث منها على ما جرى به قضاء محكمة النقض الفرنسية ، ثم على ما رأيناه من التوسعة ، مما لا وجه لتكراره أو تلخيصه .

الشرط الثانى

١٥٢ — وكذلك عقدنا للخطأ فى القانون فصلا آخر بينا فيه أن الفهم فهمان : فهم الواقع فى الدعوى وفهم حكم القانون فى هذا الواقع ، كما بينا ما هو طريق تحصيل الفهمين ، وما هو نشاط قاضى الدعوى وقاضى النقض فى كل منهما ، وكيف يقع الخطأ فى الفهمين ، وما الذى يعتبر منه أنه خطأ واقعى لا تراقبه محكمة النقض ، وما الذى يعتبر أنه خطأ فى القانون تراقبه وتقومه هذه المحكمة ، ثم ما هو معنى التكييف ومذاهب الفقهاء فيه ، وما أثرت به هذه المذاهب فى قضاء محكمة النقض الفرنسية قديماً وحديثاً ، وما هو مذهب هذه المحكمة الآن ، ثم أتينا فيه على أمثلة مختلفة تعين على فهم ما رجحنا من تلك المذاهب . وقد عقدنا بعد ذلك فصلاً لنشاط قاضى الدعوى وقاضى النقض فى تفسـير المحررات وتكييفها وتطبيقها ، وما يمكن أن يقال فيه إنه « بحث فى الواقع » أو إنه « اجتهاد فى القانون » أتينا فيه على مذاهب محكمة النقض قديماً وحديثاً ؛ ثم حللنا هـذه المذاهب وشرحنا نظرية التفرقة فى التفسير بين الشروط الصريحة والشروط الغامضة ونظرية المسخ

وآراء الفقهاء فى النظريتين ، ثم عقبنا على ذلك بما اخترناه مما فرقنا فيه بين فهم الواقع فى الدعاوى المترتبة على العقود والمحررات و بين تكييف هـذا الفهم بحكم قانون العقد أو المحرر و بين الأخذ بهذا القانون وتطبيقه ، ثم ذكرنا أمثلة مختارة يستعين بها القارئ على فهم ما قلناه .

الشرط الثالث

١٥٣ — وكذلك عقدنا فصلا آخر لبيان ما يقبل وما لا يقبل من أسباب الطعن أمام محكمة النقض ذكرنا فيه أن الأصل هو عدم قبول الأسباب الجديدة وأن الاستثناء هو قبولها ، ثم بينا شروط قبول هذه الأسباب وعنينا بالأسباب القانونية الصرف وأسباب النظام العام ، ثم رسمنا الطريقة التى تتحقق بها محكمة النقض من توافر هذه الشروط فى الأسباب ، وذكرنا لجميع ذلك أمثالاً عدة .

الشرط الرابع

١٥٤ — أما معنى بناء الحكم المطعون فيه على خطأ فى القانون فهو قيام قضاء القاضى على هذا الخطأ[1] ، وكون هـذا الخطأ هو العلة المؤثرة فى ذلك القضاء[2] . فإذا أردت معرفة ما إذا كان القاضى قد أخطأ فى قضائه خطأ قانونيا

(١) نريد بقضاء القاضى أمره الملزم فى الخصومة على الوجه المعتبر عنده قانوناً ، أيا كان موضع ذلك من حكمه ، أ كان هو كله فى منطوق قوله « حكمت المحكمة الخ » أم ذكر بعضه فى الأسباب ووضع باقيه فى هذا المنطوق . وقد اختار الفقهاء الفرنسيون التعبير عن المعنى الوارد بالمتن بقولهم : يجب أن يقع الخطأ فى نفس منطوق الحكم دون أسبابه إلا إذا اتصلت الأسباب بالمنطوق وارتبطت به ارتباطا وثيقاً لا انفصام له (جارسونيه ص ٦٥٥ وهامش ٣ وتيسيه ص ٤٧٢ وهامش ٢ وفاى فقرة ١١٣) . والذى عدل بنا عن هـذا التعبير هو ما جرت به أحكام المحاكم الأهلية من الاكتفاء بإيراد نتيجة المقضى به فى المنطوق وترك مقدماته فى أسباب الأحكام .

(٢) ولا يعتبر الحكم المطعون فيه أنه بنى على خطأ فى القانون إلا إذا كان هو ذاته الذى بنى على الخطأ ، فإن سلم من الخطأ ولكنه كان مؤسساً على حكم آخر وقع فيه الخطأ ولم يطعن فيه ، فإن الطعن فيه هو لا يصادف محله (كاربنتيه فقرة ٣٠٥٩) . وقد قضت بذلك ضمناً =

يقتضى نقض حكمه أو لم يخطئ فيه ، فما عليك إلا أن تقابل ما قضى به على ما أثبته بحكمه من حاصل فهم الواقع فى الدعوى ، بصرف النظر عما احتواه الحكم من التقريرات القانونية ، فإذا رأيت أن ما قضى به جاء وفق القانون نفيت عن الحكم كونه مبنيا على الخطأ وإلا أثبت الخطأ ونقضت الحكم .

ويتفرع على ذلك :

١٥٥ — أولاً : أن ما يرد فى أسباب الحكم من التقريرات القانونية الصحيحة لا يكون من شأنه أن يصحح منطوقه إذا كان قد بنى على خطأ فى القانون[1] .

١٥٦ — ثانياً : أن ذكر أى اعتبار قانونى خاطئ فى أسباب الحكم غير مؤثر فيه لا يفسد الحكم الصحيح ولا يكون بذاته سبباً من أسباب الطعن بالنقض[2] . ومما قضت به محكمة النقض الفرنسية طبقاً لهذه القاعدة :

= محكمتنا فى ٣ ديسمبر سنة ١٩٣١ (القانون والاقتصاد سنة ٣ رقم ١٤ ص ٩ والمحاماة س ١٢ ص ٤١٥ رقم ٢١١) وقاعدته : إذا طعن فى الحكم الصادر من محكمة الاستئناف بتحليف اليمين ، وفى الحكم الصادر بعد ذلك فى الموضوع على أساس الحلف ، وكانت أسباب الطعن كلها تتعلق بالحكم الأول وجب على الطاعن تقديم صورة من الحكمين ، فإن لم يقدم إلا صورة الحكم الثانى ، وكانت هذه الصورة خالية من كل ما تحتاج إليه محكمة النقض للتحقق من صحة الطعن وقيام أسبابه جاز الحكم برفض الطعن . . . ثم قضت به صراحة فى حكم ٩ فبراير سنة ١٩٣٣ (القانون والاقتصاد س ٣ رقم ٩٧ ص ٨٩ والمحاماة س ١٣ رقم ٤٨٦ ص ٩٨٦) حيث قالت : إذا كان الحكم المطعون فيه مؤيداً حكما ابتدائياً لأسبابه وكان الحكم الابتدائى مبنيا على حكم بالإيقاف قطعى فى عدم الاختصاص ، وكان رافع الطعن قد قبل حكم الإيقاف فلم يستأنفه ولم يرفع عنه نقضاً فكل وجوه الطعن المنصبة على الاختصاص يتعين رفضها .

(١) جارسونيه ص ٦٥٥ وهامش ٢ و ن . ف ٢٠ أبريل سنة ١٨٣٦ أشير إليه بفقرة ١٤٦ ربرتوار دالوز تحت كلمة tierce opposition

(٢) جارسونيه ص ٦٥٥ وهامش ١ و ٣ وتيسيه ص ٩٣ والمذكرة الايضاحية لقانون إنشاء محكمة النقض ص ٢٣ . وهو ما ثبت عليه قضاء محكمة النقض الفرنسية : ١٦ يوليه سنة ١٩٠٠ (س ٩٠٢ — ١ — ١٢) و١١ فبراير ٩٠٨ (س ٩٠٨ — ١ — ١٤١) . وانظر ن . م . م ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ (القانون والاقتصاد سنة ٣ رقم ١٨ ص ١٢ والمحاماة س ١٢ ص ٥١٢ رقم ٢٥٣)

(١) أن اعتماد الحكم المطعون فيه فى بعض أسبابه على نص قانونى مُلغًى لا يعيبه ولا يستوجب نقضه إذا كان يبرره نص آخر [(١)].

(٢) وأن ما جاء ببعض أسباب الحكم من الخطأ فى وصف حق الارتفاق المتنازع عليه بأنه من الحقوق المستمرة ليس من شأنه أن يعيب الحكم ، ما دام منطوقه قد جاء متفقاً مع التطبيق القانونى الصحيح على واقعة الدعوى الثابتة بالحكم [(٢)].

ومما قضت به محكمتنا فى ذلك : (١) أنها قررت قاعدة الباب فقالت إن مخالفة القانون الموجبة لنقض الحكم هى المخالفة الواقعة فى منطوقه ، ولا أهمية لما يرد فى

---

(١) كاربنتيه فقرة ٣٠٦٧ ، ٣٠٦٨ .

(٢) ن . ف ١٨ مايو ١٨١٦ (مجموعة فيلنيف ص ١٩١) وملخص القضية أن رجلا ادعى أن له شربا من بئر تابع لمنزل جاره ، وأن سنده فيه هو وضع اليد من قديم الزمان على مقتضى قانون العرف ، وأن مالك البئر يعارضه فى حقه ، فحكمت محكمة الدرجة الأولى بطلباته . ومحكمة الاستئناف بعد أن حققت وضع اليد أيدت الحكم المستأنف وقالت فى أسباب حكمها إن المدعى كان يرتفق هو وأسلافه بماء البئر ارتفاقا مستمرا ظاهرا يدل عليه أنه كان له مفتاح خاص لباب خارجى للبئر كما كان له على رأس البئر حاملة من الحديد خاصة بدلائه ، ثم انتهت إلى القول بثبوت حق الارتفاق وتأييد الحكم المستأنف . طعن فى هذا الحكم بمخالفته لنص المادة ٦٨٨ من القانون المدنى التى تعتبر حق الارتفاق بالآبار والعيون droit de puisage من حقوق الارتفاق غير المستمرة التى تقتضى تدخل الانسان فى الارتفاق بها ، وكذلك بمخالفة نص المادة الثانية من الباب الثالث عشر من قانون عرف البلد والنواحى التابعة لمدينة متز Metz ، فرفضت المحكمة هذا الطعن وقالت فى حكمها : إن حق الارتفاق المتنازع فيه هو حق ارتفاق غير مستمر بنص المادة ٦٨٨ المتقدمة الذكر ، وإن الحكم المطعون فيه قد أخطأ فى وصفه بأنه حق مستمر ، ولكن هذا الخطأ لم يؤثر فى منطوقه لمجيئه مطابقاً لحكم المادة ٦٩١ التى لا تجيز المنازعة فى حقوق الارتفاق غير المستمرة الثابتة من قديم الزمان على الوجه المعتبر بقوانين العرف الجارية بابقاء القديم على قدمه . وقد أصابت محكمة النقض الحق فى هذا الحكم لأن الخطأ الذى يصح أن يقال عنه إن الحكم المطعون فيه قد بنى عليه إنما هو الخطأ الذى إذا وقع فى التكييف يمتد أثره إلى منطوق الحكم فيفسده ؛ أما ما يقع من الخطأ فى التكييف فحسب ثم ينقطع أثره عن نتيجة الحكم فانه يكون خطأً ظاهريا تزيله الاستعاضة عن هذا التكييف الخاطئ بتكييف آخر صحيح يتسق مع منطوق الحكم . ويدل هذا الحكم وأمثاله على أن خطأ الحكم فى القانون يكون ظاهريا فقط لا يعتد به إذا وقع فى التكييف فحسب ، وبقيت النتيجة القانونية التى صدر بها القضاء مطابقة للقانون .

الأسباب من الأخطاء القانونية ما دام منطوقه متفقاً مع التطبيق الصحيح للقانون على الوقائع الثابتة به . ثم بنت على ذلك أنه إذا رفع استئناف عن حكم محكمين ، وكان هذا الاستئناف مبنيا على أن مشارطة امتداد التحكيم وحكم المحكمين باطلان لعدم وجود توكيل خاص من ذوى الشأن لمحاميهم باجراء هذا الامتداد وبجعل حكم المحكمين نهائيا ، وقضت محكمة الاستئناف بعدم جواز استئناف هذا الحكم مستندة إلى أسباب غير صحيحة نفت بها وجه هذا البطلان المدعى به ، كان حكمها مع ذلك صحيحاً لانطباقه على نص المادة ٧٢٤ من قانون المرافعات التى تقضى بعدم جواز استئناف حكم المحكمين متى كان مشترطاً فى عقد التحكيم أن هذا الحكم يكون نهائيا غير جائز استئنافه ، إذ الطعن ببطلان التحكيم وحكم المحكمين يجب أن ترفع به دعوى خاصة يسار فيها بالطريق الذى شرعه القانون بالمادة ٧٢٧ مرافعات[1] .

(٢) وقررت فى حكم آخر أنه إذا أخطأت المحكمة فى بعض أسباب الحكم خطأ قانونيا لم يكن له تأثير فى سلامة الحكم فلا موجب لنقضه بسبب وقوع هذا الخطأ . ثم طبقت هذه القاعدة على صورة الدعوى فقالت : إذا اعتبرت المحكمة عقد البدل المشوب بالغش باطلاً ، وأخطأت اذ ذكرت فى بعض أسباب حكمها أن سبب هذا البطلان هو فقد الأهلية وأنه بطلان لا تلحقه الاجازة ، ولكنها عادت بعد ذلك فقالت إن تنفيذ البدل والاستمرار فيه حتى توقيع الحجر على المتبادل الذى وقع عليه الغش كان تحت تأثير هذا الغش الواقع عليه ، ثم حكمت بناء على ذلك فى الدعوى بابطال البدل ، كان حكمها صحيحاً ، وحسب محكمة النقض أن تشير إلى ما اعتوره من خطأ وأن تكشف عن وجه الصواب فيه[2] .

(١) ن . م . م ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٢ (مجلة القانون والاقتصاد س ٣ رقم ٨٢ ص ٦٥) و ١٦ فبراير سنة ١٩٣٣ (المرجع السابق رقم ٩٩ ص ٩٣)

(٢) ن . م . م ٤ مايو سنة ١٩٣٣ (مجلة القانون والاقتصاد س ٣ رقم ١٢٠ ص ١٢٠)

(٣) وقررت فى حكم آخر أنه إذا كانت المحكمة — بعد استيفائها دليل الحكم — قد استطردت إلى ذكر ما لا تعلق له بجوهر الأسباب ولا تأثير له فى الحكم ، فان الخطأ فى هذا الاستطراد لا يعتبر خطأ فى تطبيق القانون يعيب الحكم[١] .

(٤) وفى حكم آخر قررت أن محكمة الموضوع إذا كانت قد اعتبرت الاقرار الصادر من خصم لخصمه إقرارا موصوفا غير قابل للتجزئة ، وطعن فى حكمها بأن هذا الاقرار ليس كذلك وإنما هو إقرار مركب قابل للتجزئة ، ورأت محكمة النقض أنه وإن كان إقراراً مركباً ، إلا أنه غير قابل للتجزئة كما اعتبرته محكمة الموضوع فى نتيجة حكمها ، جاز لمحكمة النقض أن ترفض الطعن ، إذ لا أهمية لمثل هذا الخطأ الواقع فى الأسباب ما دام لا مساس له بالحكم فى نتيجته[٢] .

١٥٧ — ثالثاً : أن الخطأ فى القانون الواقع فى بعض أسباب الحكم لا يقتضى نقضه إذا استقام الحكم على باقى الأسباب المبينة به أو الأسباب الواردة بالحكم المستأنف المؤيد به[٣] . ومن تطبيقات محكمة النقض الفرنسية لهذه القاعدة :

(١) أنه إذا كان الحكم القاضى بعدم أحقية المدعى فى الانتفاع بالمياه المدعى بها قد جاء ضمن أسبابه خطأ أن هذه المياه لا يمكن تملكها بالتقادم لأنها من الأملاك العامة ، فإن هذا الخطأ لا يعيب الحكم ولا يستوجب نقضه ما دام قد جاء به أيضاً أن وضع اليد المدعى به لم يكن بنية التملك[٤] .

(١) ن . م . م ٢٢ مارس سنة ١٩٣٤ (مجلة القانون والاقتصاد س ٤ رقم ٣٧ ص ٩٢)

(٢) ن . م . م ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٢ (مجلة القانون والاقتصاد س ٣ رقم ٨١ ص ٦٥)

(٣) جارسونيه ص ٦٥٦ وهامش ٧ و ٨ وتيسيه ص ٤٣ وهامش ٣ وتعليقات داللوز فقرة ٢١٥٢ لغاية ٢١٨٩ .

(٤) ن . ف ١٩ فبراير سنة ١٨٨٩ (س ٨٩ — ١ — ٢٠٨) وكاربنتييه فقرة ٣٠٧٧ .

(٢) وأنه إذا كان الحكم القاضى برفض طلب تحقيق الوقائع الربوية المدعى بها قد اعتمد فى ذلك على عدم جواز الاثبات بالبينة على ما يخالف الوارد بالدلائل الكتابية ثم على أن هذه الوقائع غير منتجة فى الدعوى ، جاز لمحكمة النقض أن تقضى برفض الطعن ، وأن تقيم الحكم المطعون فيه على اعتبار أن الوقائع المدعاة غير منتجة فى الدعوى[1] .

وقد أخذت بهذه القاعدة محكمتنا : (١) فى قضية كان من أسباب الطعن فيها أن محكمة الموضوع أغفلت بعض الاعترافات الصادرة من الخصم واعتبرت أن بعضاً آخر غير قابل للتجزئة ، على خلاف القانون ، فقالت — بعد أن عرفت الاقرار القضائى — إنه بالرجوع إلى الاقرارات التى يزعمها الطاعنون تبين أنها لم تكن إقرارات بالمعنى القانونى بل هى مجرد أقوال صدرت من صاحبها ليدرأ عن نفسه تهمة النصب الموجهة إليه عن تصرفه فى الأطيان موضوع النزاع مرتين ، وأنه لذلك لا يمكن الاعتداد بها ، هذا فضلاً عن أنها صادرة أثناء نظر دعوى أخرى غير الدعوى الحالية . ثم قالت إن محكمة الاستئناف قد أخطأت فى اعتبار هذه الأقوال إقرارات صادرة من أحد الخصوم وغير قابلة للتجزئة ، ولكن خطأها هذا لا يعيب حكمها الذى جاء فى نتيجته مطابقاً للقانون[2] .

(٢) وقالت فى حكم آخر : إنه إذا صح الحكم واستقام على بعض أسبابه جاز لمحكمة النقض أن ترفض ما عيب به من جهة مخالفة بعض أسبابه الأخر للقانون ، وإنه بناء على ذلك متى انتفى الضرر المزعوم ترتبه على تأخر الملتزم عن الوفاء وصح الحكم المقرر لانتفائه ، فلا وجه للخوض فيما إذا كانت المادة ١٢٠ من القانون المدنى توجب إثبات التأخير فى الوفاء بتكليف رسمى باطلاق أو لا توجبه باطلاق ، ولا فى أن التكليف كما يكون بورقة من أوراق المحضرين يكون بالمراسلة أو لا يكون ،

(١) كاربنتييه فقرة ٣٠٨٠ وقد أشير فيها إلى حكم فى ٢٨ مارس سنة ١٨٢٤ .
(٢) ن م ٠ م ٣٠ مارس سنة ١٩٣٣ (القانون والاقتصاد س ٣ رقم ١١٣ ص ١١٠)

لأن الكلام فى ذلك يصبح نافلة فى هذه الصورة[١] .

١٥٨ — رابعاً : أن الخطأ فى القانون الواقع فى الأسباب النافلة[٢] (surabondants) أو الاحتياطية (subsidiaires) أو التكميلية (supplétifs) لا يقتضى كذلك نقض الحكم ، سواء أكانت هذه الأسباب فى الحكم الابتدائى الذى أيده الحكم المطعون فيه أخذاً بأسبابه أم كانت فى هذا الحكم الاستئنافى المطعون فيه . ومحكمة النقض حين ترفض الطعون المبنية على الخطأ فى هذه الأسباب غير ملزمة ببحثها والرد عليها ، متى كان الحكم المطعون فيه محمولاً على أسباب كافية صحيحة تنتجه[٣] .

ومن الأمثلة على هذه القاعدة أن محكمة النقض الفرنسية قضت :

(١) برفض الطعن المرفوع عن حكم اعتمد — فوق ما اعتمد عليه من الأسباب الصحيحة — على تحقيق لا يصح الاحتجاج به على الطاعن لعدم اختصامه فى القضية التى تم فيها هذا التحقيق[٤] .

(٢) وبرفض الطعن المرفوع عن حكم صدر برفض دعوى التزوير الفرعية وبتحديد يوم للمرافعة فى موضوع الدعوى الأصلية والذى كان مبناه أن الحكم المطعون فيه استطرد فى أسبابه إلى ذكر مايشعر بما سيكون الحكم به فى أصل الدعوى[٥] .

(٣) وبرفض الطعن فى الحكم القاضى بصحة ماعرضه البائع وفائيا على المشترى من الثمن والمصاريف وبشطب تسجيل عقد البيع ، وقد كان مبنى هذا

(١) ن . م . م أول نوفبر سنة ١٩٣٤ (القانون والاقتصاد س ٥ رقم ٤ ص ٦)
(٢) اقرأ فى هذه الأسباب فبراجيت ص ٥٣١ و ٥٣٢ وهوامشهما
(٣) ع . ف ٨ مايو ١٨٩٩ (د ٩٩ — ١ — ٤٥٦) وع . ف ١٦ فبراير سنة ١٨٨٧ (د ٨٧ — ١ — ٢٠٨) وتعليقات دالوز من فقرة ٢١٦٧ إلى ٢١٨٩ وجارسونيه ص ٦٥٦ وهامش ٨
(٤) ع . ف أول أبريل ١٨٥٦ (د ٥٦ — ١ — ٤٦١)
(٥) ع . ف ١٣ ديسمبر ١٨٧١ (د ٧٢ — ٥ — ٥٧)

الطعن أن المحكمة اعتمدت فى حكمها — زيادة على ما اعتمدت عليه من الأسباب المثبتة لصحة العرض فى الميعاد — على أن البيع كان مع ذلك باطلاً لشوبه بالغش المبطل للعقد ، وأن فى ذلك خطأ فى القانون يقتضى نقض الحكم(١) .

(٤) وبعدم قبول الطعن المبنى على أن بعض أسباب الحكم المطعون فيه قد زيد بعد النطق به . وذلك لأن الطاعن لم يطعن بالتزوير فى الحكم ولأن ما زيد فى الأسباب إنما كان مترتباً على الأسباب المعترف بصحتها وبقيامها عند النطق بالحكم(٢) .

(٥) وقضت فى حكم آخر بأنه إذا كان الطاعن قد أسس طلباته الختامية لدى محكمة الموضوع على اعتبار دعواه دعوى منع تعرض en complainte ولم يطلب قط اعتبارها دعوى استرداد حيازة ، وفصلت فيها المحكمة على ذلك الاعتبار ، فلا يلتفت لما ينعاه على الحكم مما عساه يكون قد أخطأ فيه من التقريرات الخاصة بأحكام دعوى استرداد الحيازة التى أوردتها المحكمة فى حكمها استطراداً منها لاستيفاء البحث ، لأن كل كلام منه فى دعوى استرداد الحيازة يكون غير ماس بسلامة الحكم من جهة ما قرره من الأحكام القانونية فى ذات دعوى منع التعرض التى هى دعواه(٣) .

١٥٩ — خامساً : أنه يجوز لمحكمة النقض — متى تبينت صحة ما قضى به الحكم المطعون فيه — أن تستبدل بأسبابه القانونية الخاطئة أسباباً أخر صحيحة تعتمد عليها فى إبرامه(٤) . لكن حقها فى ذلك مقيد بأن يكون ما ترى الاعتماد عليه

(١) ن . ف ١٣ يوليه سنة ١٨٩١ (د ٩٣ — ١ — ٢٢٧)

(٢) ع . ف ٢٢ أغسطس سنة ١٨٤٣ وقد أشير إليه فى ريرتوار دالوز فقرة ٧٠ . وانظر أيضا ن . ف ٦ ديسمبر سنة ١٩١٠ (د ٩١٢ — ١ — ١٤٤) و ٧ نوفبر سنة ١٩١١ (٩١١ — ١ — ٤٩٣)

(٣) ن . م . م ٥ ديسمبر سنة ١٩٣٥ (القانون والاقتصاد س ٦ رقم ١٣ ص ٥٣)

(٤) فاى فقرة ١١٣ ، وتيسيه ص ٤٧٢ وبهامشها رقم ٣ الأحكام المؤيدة للقاعدة من سنة ١٨٦٤ لغاية ١٩٢٩ وتعليقات دالوز من فقرة ٢١٩٠ إلى ٢٢٠٣ وع . ف ٣١ مارس سنة ١٩٣٤ (س ٩٣٤ — ١ — ٣٦١) وتقرير المستشار بيلون .

من ذلك هو من الوجوه القانونية الصرف القائمة فى الدعوى والواضحة فى الحكم أو فى أوراق المرفعات الحاصلة فيها[١] و[٢] و[٣].

ومن أمثلة هذه القاعدة :

(١) أن محكمة النقض الفرنسية حكمت برفض الطعن المبنى على خطأ الحكم المطعون فيه فيما قضى به من رفض طلب تحليف اليمين فى دعوى تزيد قيمتها على النصاب الذى يجوز فيه الاثبات بالبينة بناء على ماجاء فى أسبابه من أن جواز التحليف فى صورة هذه الدعوى وعدم جوازه كلاهما يجرى قياسا على جواز الاثبات بالبينة وعدم جوازه ، فقالت : إنه لا محل لنقض الحكم — مهما يكن الخطأ

(١) وقد اشترط فاى وتيسيه (فى المرجعين السابق الذكر) ألا يكون هذا الوجه القانونى قد عرضه صاحبه على محكمة الموضوع ونازعة فيه خصمه ولم يعن الحكم ببحثه وابداء الرأى فيه فيكون الحكم الضمنى الصادر بعدم الأخذ بهذا الوجه معيبا فى هذه الصورة لخلوه من الأسباب التى يكون قد بنى عليها .

(٢) وإذا كان بأسباب الحكم خطأ قانونى مؤثر فيه ، وكانت محكمة النقض لقصور بعض الأسباب الواقعية لا تستطيع إبرامه وحمله على أسباب أخرى ، فإنه يكون لمحكمة النقض — بدلا من أن تنقض الحكم لمخالفته للقانون وتعيد الدعوى للمحكمة التى أصدرته لتحكم فيها من جديد — أن تنقضه لقصور أسبابه الواقعية وتبين لمحكمة الاحالة أوجه النقص وكيفية السير فى الفصل فى الدعوى . ومثال ذلك القضية الآتية : مستأجر تمسك فى وجه المشترى بإيصال عن دفع جزء من الأجرة إلى المؤجر ، وطعن فيه المشترى بأنه إيصال صورى ومبنى على التواطؤ لصدوره بعد علم المستأجر بحصول البيع من خطاب مسجل أرسله إليه المشترى ، فلم تأخذ محكمة الموضوع بهذا الايصال وقالت : إن المستأجر ينكر ذلك الخطاب المسجل ، وإنه مع التسليم بإرساله فإنه لا يقوم مقام التنبيه الرسمى ولا يترتب عليه أثر قانونى طبقا للمادة الأولى من قانون المرافعات ، وبناء على ذلك يكون الدفع الحاصل من المستأجر للبائع حاصلا بحسن نية . طعن فى هذا الحكم بمخالفته للقانون وبقصور أسبابه ، فرأت محكمة النقض أن علم المستأجر بالشراء هو واقعة يمكن إثباتها بجميع طرق الاثبات ، وأن الحكم المطعون فيه لم يبحث ما كان للطاعن من قرائن وأدلة على عدم صحة التاريخ العرفى للايصال ، فنقضت الحكم المطعون فيه وأعادت الدعوى لمحكمة الموضوع لتبحث فى تلك القرائن وتقضى فى الدعوى على ما تحصله منها مسببة حكمها التسبيب الكافى المقنع (ن . م . م ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٣٤ — القانون والاقتصاد س ٥ رقم ٧ ص ١٧)

(٣) تيسيه ص ٤٧٣ وع . ف ٣ فبراير ١٨٦٤ (س ٦٤ — ١ — ١٠) و (د ٦٤ — ١ — ١١٨)

الواقع فى أسبابه — ما دام ظاهراً من بياناته ومن صيغة اليمين وما اشتملت عليه من تحفظات ، أن اليمين لم تكن حاسمة ، وأن من وجّهها لم يقصد من توجيهها إلاّ عرضها بصفة احتياطية تكملة للاثبات المقدم فى الدعوى ، وما دامت هذه الاعتبارات القانونية القائمة فى الدعوى مما يصح بناء الحكم المطعون فيه عليها[1] .

(٢) وأن الحكم المطعون فيه إذا كان قد اعتمد فى القضاء برفض الدعوى على جميع وجوه الدفاع القانونية التى أبداها المدعى عليه إلاّ واحداً ، فإنه يجوز لمحكمة النقض إذا تبين لها خطأ هذه الوجوه وصحة ذلك الوجه أن تقضى برفض الطعن وتقيم الحكم على ذلك الوجه ، بشرط أن يكون وجهاً قانونيا قائماً فى الدعوى وممكناً استيضاحه من الحكم المطعون فيه[2] .

(٣) وكذلك حكمت برفض الطعن فى القضية الآتية : باع أحد التجار صفقة من الخشب لأحد أرباب الأملاك وطالب البائع المشترى بثمنها البالغ قدره ٣٢٠ فرنكاً أمام المحكمة المدنية لتحكم له بصفة تجارية فأنكر المشترى تسلم المبيع وطلب الحكم بفسخ البيع و إلزام خصمه بمبلغ ١٥٠٠ فرنك تعويضاً على ما فاته من ربح واحتمله من خسران ، فقضت محكمة الدرجة الأولى للبائع بالثمن و برفض دعوى المشترى الفرعية ، فاستأنف المشترى الحكم ودفع البائع بعدم جواز الاستئناف ، فقضت محكمة الاستئناف بقبول هذا الدفع وقالت فى أسباب حكمها إن الحكم الصادر فى الدعوى الأصلية صادر بصفة انتهائية ، و إذا كانت دعوى المدعى عليه متفرعة من الدعوى الأصلية ومترتبة فحكم هذه ينسحب عليها ، و بذلك يكون استئناف الحكمين غير جائز . طعن المشترى فى هذا الحكم وكان من أسباب طعنه أن الحكم الاستئنافى قد أخطأ فى تطبيق الفقرة الثالثة من المادة ٦٣٩ من القانون التجارى . ولكن محكمة النقض قضت برفض الطعن ذاكرة فى حكمها أن دعوى

---

(١) ن . ف ٧ مارس ١٨٩٣ (د ٩٤ — ١ — ١٥)

(٢) كاربنتييه فقرة ٣٠٧٩ وقد أشير فيها إلى حكم فى ٢٨ ديسمبر سنة ١٨١٤

المدعى عليه ليست مترتبة على الدعوى الأصلية بالمعنى المقصود من ذلك قانوناً ، وإنما هى دعوى قد ترتبت على عدم قيام البائع بتسليم المبيع وعلى تضرر المشترى من عدم تنفيذ البيع ، وكلا الأمرين لم يظهر فى الوجود إلاّ بعد رفع دعوى المطالبة بالثمن ، فالقول بتفرع دعوى المدعى عليه على الدعوى الأصلية خطأ محض . ثم استدركت فقالت ولكن هذا الخطأ — إذ وقع فى أسباب الحكم — لا ينبغى الاعتداد به ، لأن المادة ٦٣٩ من قانون التجارة المعدلة بالمادة الثانية من قانون ١٨٤٠ تقضى بأن المحاكم التجارية تحكم حكماً غير قابل للاستئناف فى دعاوى المدعى عليه على المدعى وفى طلبات المقاصة ، حتى إذا زادت قيمتها مضافة إلى قيمة الدعوى الأصلية على ٧٥٠٠ فرنك ، وبما أن قيمة كل من الدعويين كانت لا تزيد على ٧٥٠٠ فرنك ، فالحكم المستأنف إذن غير قابل للاستئناف ولذا يتعين رفض الطعن[1] .

(٤) ولمحكمة النقض المصرية حكم جرىء استبدلت فيه جميع أسباب الحكم المطعون فيه بأسباب وضعتها هى فى حكمها الذى رفضت به الطعن . ومحصل وقائع الدعوى أن مقرر زيادة العشر حضر أمام قاضى البيوع فى اليوم المحدد لإجراء المزايدة الثانية طالباً إجراءها ، ولكن طالب البيع الأول الذى رسا عليه مزاده قرر أنه تخالص بحقوقه وتنازل عن حكم مرسى المزاد فأمر قاضى البيوع رغم ذلك بإجراء البيع ثم أوقعه لمقرر الزيادة ، فاستأنف المدين والدائن الذى رسا عليه المزاد الأول حكم مرسى المزاد الثانى على اعتبار أن إجراء البيع كان فى الواقع يتضمن الحكم برفض مادفعا به من وجوب إيقاف البيع ، فحكمت محكمة الاستئناف

(١) حكم ١٥ أبريل ١٨٥٠ (س ٥٠ — ١ — ٣٤٨) . وراجع أيضاً فى هذا المعنى ع . ف ١٩ ديسمبر سنة ١٨٩٢ (د ٩٣ — ١ — ١٤٥) وتقرير المستشار Cotelle ومرافعة الأفوكاتو العمومى (رينود)

ويلاحظ أن نصاب الاستئناف فى حالة رفع دعوى فرعية انما يقدر فى القانون المصرى وفق القاعدة المنصوص عليها فى المادة ٣٤٨ (مرافعات) وهى مختلفة عن القاعدة المقررة فى القانون الفرنسى وكانت محل التطبيق فى هذه القضية .

بقبول الاستئناف شكلاً وبالغاء الحكم المستأنف واعتباره كأن لم يكن . ولما طعن مقرر الزيادة فى هذا الحكم رفضت محكمة النقض طعنه وأقامت الحكم المطعون فيه على أساس آخر هو بطلان حكم المزاد الثانى لوقوعه بغير طلب ممن يملك طلبه ، واستبدلت أسباب هذا الحكم بأسباب من عندها بدأتها بقولها « وحيث إن تصوير علة الاستئناف وكذلك ما ورد بحكم محكمة الاستئناف المطعون فيه من التقريرات وما ورد بهذا الطعن الحالى كله ضرب فى غير مضرب والتفات عن الواقع وتكييف له بغير كيفه الصحيح . . . . . . » وبعد أن أثبتت محكمة النقض الواقع فى هذه المادة كما أثبته الحكم المطعون فيه قالت : « إن كل الذى خاض فيه المستأنف ومحكمة الاستئناف وما سمياه مسألة موضوعية هو توليد فى توليد لا يعرفه القانون ولا لزوم له من جهة جواز الاستئناف بل إنه من هذه الجهة غير صحيح . . . . » إلى أن قالت « وحيث إن كيف الواقع فى هذه المادة هو عدم استيفاء حكم البيع الثانى المستأنف لشرط إجرائى أساسى توجبه المادتان ٥٨٤ ، ٥٦٩ من قانون المرافعات وهو أن المزايدة تكون بطلب الدائن طالب البيع أو غيره من أرباب الديون المسجلة عند الاقتضاء وهذا الشرط منتف فى حكم قاضى البيوع ، كما يعلم من الوقائع التى عرضها المستأنف فى استئنافه ، فهو إذن حكم جائز استئنافه بمقتضى المادة ٥٨٦ مرافعات . وعلى هذا التكييف وحده تقر محكمة النقض ما قضت به محكمة الاستئناف من جواز استئناف حكم البيع المذكور ، ويكون وجه الطعن الأول فى غير محله . » ثم قالت « وحيث إنه فيما يختص بموضوع الاستئناف ، فقد ظهر مما سلف أن ما أتى عنه بالحكم الاستئنافى كله خارج عما يلزم للتقرير ببطلان حكم مرسى المزاد الثانى . ومحكمة النقض إذ تقر قضاء الاستئناف ببطلان حكم البيع إنما تقره أخذاً بتلك الحقيقة وتطبيقا لها » [١] .

(١) ٦ يونيه سنة ١٩٣٥ (القانون والاقتصاد س ٥ رقم ٧٦ ص ٢٧٠ والمحاماة س ١٦ رقم ١٠٤ ص ٢٥٣)

ولها حكم آخر أصدرته فى ٢ مايو سـنة ١٩٣٥ قررت به أنها إذا رأت أن الحـكم المطعون فيه صحيح فى نتيجته وأنه كان قائما على تكييف غير صحيح للوقائع التى أثبتها ، جاز لها أن تصحح هذا التكييف الخاطئ بأسباب قانونية من عندها تنطبق على تلك الوقائع الثابتة بالحـكم[1] .

١٦٠ — سادساً : أن مناقضة بعض أسـباب الحـكم القانونية لبعض لا تقتضى لذاتها نقض الحـكم الصحيح ، ما دام أن لمحـكمة النقض أن تقيم الحـكم على ما صح من أسبابه وتطرح الأسباب الأخر وأن لها أن تعتمد على ما تراه هى لازماً من الأسباب ومنطبقا على الواقع الثابت بالحـكم وبأوراق الاجراءات الملحقة به[2] .

---

(١) ٢٣ مايو سنة ١٩٣٥ (القانون والاقتصاد س ٥ رقم ٦٦ ص ٢٤٨ والمحاماة س ١٦ رقم ١٢ ص ٣٠)

(٢) وينبغى التنبيه على وجوب التفرقة بين :

(أولا) ما يقع فى الأحكام من التناقض فى التدليل القانونى بين بعض الأسباب القانونية وبعض

la contradiction dans les argumentations juridiques et les motifs de droit

و (ثانياً) ما يقع من التناقض بين الأسباب الواقعية وبين الأسباب التقريرية القانونية

entre les motifs de fait et les affirmations de droit

و (ثالثاً) مايقع من التناقض فى الأسباب الواقعية بين بعضها وبعض ، إذ لـكل من هذه الصور حكم : فالتناقض فى الصورة الأولى لا يقتضى لذاته بطلان الحـكم الصحيح قانوناً كما لاحظ ذلك المستشار فبراجيت فى كتابه فن القضاء L'art de juger (ص ٥٢٨) لأن محكمة النقض لها أن تحمل هذا الحـكم الصحيح على ما صح من أسبابه وتصرف النظر عن الأسباب الأخرى الخاطئة ، بل لها أن تضيف على هذه الأسباب الصحيحة ما تراه لازماً ومنطبقاً على حاصل فهم الواقع فى الدعوى الثابت بالحـكم ، فإذا لم تستطعه فان عيب الحـكم لا يكون عندئذ هو التناقض فى الأسباب القانونية ، وإنمـا يكون عيبه الحقيقى هو قصوره عن إيراد وقائع الدعوى وظروفها وملابساتها (جارسونيه ص ٦٧٦ هامش ٥ و ٦ و ٧ ومارتى فقرة ١٤١ ص ٢٨٧ و٢٨٨ وتيسيه ص ٤٧٢ و٤٧٣ وع . ف ٣ فبراير سنة ١٨٦٤ ، د ٦٤ — ١ — ١١٨ والأحكام الأخر المبينة فى تيسيه ص ٤٧٢ هامش ٣) . وراجع فى هذا الصدد حكم محكمتنا المصرية الصادر فى ١٦ نوفبر سنة ١٩٣٣ (القانون والاقتصاد سنة ٤ رقم ٨ ص ٩) الذى تقول فيه : إن قصور الحـكم عن إيراد الأسباب القانونية لا يفسد الحـكم ولا يوجب نقضه ، إنما الذى يفسده هو قصوره عن إيراد الأسباب الواقعية قصورا يعجز محكمة النقض عن قيامها بمراقبته لتتبين ما إذا كان قد وقعت فيه مخالفة للقانون أو خطأ فى تطبيقه أو فى تأويله . ولهذا

كان من حق محكمة النقض متى رأت الحكم المطعون فيه وافى الأسباب الواقعية صحيح النتيجة قانوناً أن تستكمل أسبابه القانونية بما ترى استكمالها به .

أما التناقض فى الصورة الثانية فليس يصح فى النظر اعتباره من صور التناقض إلا تجوزا ، بل هو فى واقع الأمر من صور الخطأ فى تكييف فهم الواقع الثابت بالحكم ، فهو داخل بالضرورة تحت حالة الطعن بمخالفة الحكم للقانون . وكثيرا ما فات ذلك محكمة النقض الفرنسية إذ نراها تعتبر هذه الصورة من صور التناقض المخل بالتسبيب ، فتقول فى الأحكام التى تصدرها برفض الطعن أو بقبوله بأن ما قررته محكمة الموضوع بشأن القصد الجنائى لا يتناقض أو لا يتفق مع ما أثبته الحكم من وقائع الدعوى (ن . ف . ج ٢٠ يناير سنة ١٨٥٥ (د ٥٥ — ١ — ٨٧) و ٢٥ فبراير سنة ١٨٦٩ (د ٦٩ — ١ — ٣٩٢) و ١٤ مايو سنة ١٨٨١ (س ٨٢ — ١ — ٣٣) و ٢٨ مايو سنة ١٨٨٧ (د ٨٧ — ١ — ٣٥٣ وتقرير المستشار روفرنكلان) وراجع مارتى ص ٢٨٩ وراجع فقرة ٦٦ من هذا الكتاب عند الكلام فى التكييف فى القصد الجنائى)

أما التناقض فى صورته الثالثة وهو التناقض فى الأسباب الواقعية فهو داخل بلا شك تحت حالة الطعن ببطلان الحكم لخلوه من الأسباب (ن . م . م ١٤ نوفبر سنة ١٩٣٥ — القانون والاقتصاد س ٦ رقم ١١ والمحاماة س ١٦ رقم ٢١٢ ص ٤٩٠) . ولا يمكن الاعتياض عنه بالقول « بعدم قيام الحكم على أساس قانونى **défaut de base légal** » الذى سنتكلم عليه فيما بعد ، لأن عدم قيام الحكم على أساس قانونى لا يمكن استخدامه وسيلة لنقض الأحكام إلا فى الصورة التى يكون الحكم فيها قاصر الأسباب الواقعية ويكون هذا القصور بحيث تعجز محكمة النقض عن رقابة الخطأ فى تطبيق القانون ، ولذا لا يكون لمحكمة النقض أن تراقب الأحكام من طريق عدم قيامها على أساس قانونى فيما يكون لقاضى الموضوع السلطة التامة فى تحصيل فهم الواقع فيه أو فيما يكون قاضى الموضوع قد انتهى إلى التقرير بثبوت حاصل هذا الفهم ولم يخطئ فى تكييفه ولا فى تطبيق القانون عليه ، إذ لا تستطيع محكمة النقض إذا نقضت الحكم فى هذه الصور أن تعلل حكمها بأن ذلك الحكم المطعون فيه كان على غير أساس قانونى ، وإنما تستطيع التعليل بما يكون قد استظهرته من التناقض فى الأسباب الواقعية التى احتواها الحكم المطعون فيه . وهكذا استطاعت محكمة النقض الفرنسية أن تقيم رقابتها على التدليل الموضوعى الخاص بتحصيل فهم الواقع فى الدعوى من الأدلة المقدمة ، على أساس التناقض فى الأسباب الواقعية (انظر ع . ف . ٢٢ فبراير سنة ١٩٢٢ فى د ٩٢٢ — ١ — ٦٢) و ن . ف ٢٠ يولية سنة ١٩٢٧ (س ٩٢٨ — ١ — ٢٩ وراجع مارتى ص ٢٩٢ وهوامشها) .

وهكذا أوجبت محكمة النقض على قاضى الموضوع أن يذكر فى أحكامه أسبابا واقعية صحيحة متماسكة التدليل الصحيح ، بعيدة عن التناقض المخل به . وفى هذا المعنى تقول محكمتنا المدنية « لقاضى الموضوع السلطة التامة فى بحث الدلائل والمستندات المقدمة له تقديماً صحيحاً وفى موازنة بعضها ببعض وترجيح ما تطمئن نفسه إلى ترجيحه منها وفى استخلاص ما يرى أنه هو واقعة الدعوى ، دون أن يكون لمحكمة النقض أية رقابة عليه فى ذلك ولو أخطأ فى نفس الأمر ، لأن خطأه يكون فى فهم الواقع فى الدعوى لا فى حكم القانون فى هذا الواقع . ولا يستثنى من هذه القاعدة إلا صورة واحدة هى أن يثبت القاضى مصدراً للواقعة التى يستخلصها يكون وهميا لا وجود له ، أو يكون موجوداً ولكنه مناقض لما أثبته ، أو غير مناقض ولكن يستحيل =

جواز الطعن فى أسباب الحكم استثناءً فى القانون الفرنسى[١]

١٦١ — هذا وقد أجاز الشارع الفرنسى للنائب العام لدى محكمة النقض الطعن فى أسباب الأحكام الانتهائية ، فى مصلحة القانون ، إذا مست هذه الأسباب قاعدة من قواعد النظام العام ، لا على أساس أن هذه الأسباب تعتبر أحكاماً (décisions) جائزا الطعن فيها بل على أساس أنها من قبيل تصرفات القاضى التى يجوز الطعن فيها بتجاوز حدود السلطة طبقا لنص المادة ٨٠ من قانون ٢٧ فنتوز سنة ٨ .

ومن قضاء محكمة النقض الفرنسية فى ذلك : حكمها الذى أصدرته بنقض حكم محكمة استئناف فيما جاء به من أنها اعتمدت فى قضائها فى الدعوى على ماجرت عليه محكمة النقض وإن كانت هى لا تؤمن به ولا تعتقد صحته[٢] ؛ وحكم آخر نقضت به حكم محكمة إحالة ، فيما جاء به من نقد لحكم أصدرته الدوائر المجتمعة لمحكمة النقض وإن كانت محكمة الإحالة قد أخذت فى الدعوى المحالة إليها بالرأى الذى انتقدته نزولا على حكم قانون أول أبريل سنة ١٨٣٧[٣] و[٤] .

عقلا استخلاص الواقعة منه كما فعل هو » (حكم أول مارس سنة ١٩٣٤ — القانون والاقتصاد س ٤ رقم ٣٤ ص ٨١ والمحاماة س ١٤ ق ١ رقم ١٥٢ ص ٣٦٥)

(١) جارسونيه فقرة ٤٧٣ ص ٦٥٧ وهوامشها .

(٢) ن . ف . ج ٧ يولية سنة ١٨٤٧ (د ٤٧ — ١ — ٢٦٧)

(٣) ع . ف ٣ أبريل سنة ١٨٥١ (د ٥١ — ١ — ٧٤)

(٤) فى طعن رفعته النيابة العامة عن حكم أصدرته محكمة الجنايات رمت فيه النيابة بأنها « أسرفت فى الاتهام وفى حشد التهم وكيلها للمتهمين جزافا » تمكنت محكمتنا من التقرير بحذف هاتين العبارتين من الحكم ، بغير أن ينظم الشارع المصرى للنيابة طريقا خاصا للطعن فى أمثال هذا الحكم مما يخرج فيه القاضى عن حدود سلطته ، كما نظم الشارع الفرنسى الطعن بتجاوز السلطة . وقد مهدت لهذا التقرير بقولها : ليس للمحاكم على النيابة أية سلطة تبيح لها لومها أو تعييبها مباشرة بسبب طريقة سيرها فى أداء وظيفتها ، وإذا كان القضاء يرى عليها شبهة فى هذا السبيل فليس له إلا أن يتوجه فى ذلك إلى النائب العام أو إلى الرئيس الأعلى للنيابة وهو وزير الحقانية (ن . م . ج ١٦ مايو سنة ١٩٣٢ مج . س ٣٣ رقم ٢٢٩)

الفرع الثالث

بعض صور لمخالفة القانون

١٦٢ — الصور التى تتناولها حالة الطعن فى الأحكام لبنائها على مخالفة القانون أو على الخطأ فى تطبيقه أو فى تأويله لايتناولها الحصر . والذى يهمنا الكلام عليه فى هذا النوع هو الصور التى قد يقوم الشك حول دخولها فى متناول هذه الحالة ، لتفردها من جهة بأسماء خاصة ، ولعدم النص عليها عند تعداد حالات الطعن من جهة أخرى ، مثل عدم الاختصاص ، وتجاوز حدود السلطة ، والحكم بما لم يطلبه الخصم ، وعدم الحكم فيما طلبه .

١ — عدم الاختصاص

١٦٣ — فالطعن بعدم اختصاص المحكمة بأصدار الحكم المطعون فيه هو طعن فى الحقيقة بمخالفة هذا الحكم لقواعد الاختصاص القانونية ، كما تشير بذلك المادة ١٠ من قانون إنشاء محكمة النقض ، ولذلك لم ير الشارع ضرورة إفراده بالذكر عند تعداد حالات الطعن فى المادة التاسعة .

وقاعدة الاختصاص إما أن تكون من قواعد النظام العام وإما ألا تكون منها . فان لم تكن منها فلا سبيل للتمسك بها لأول مرة أمام محكمة النقض ، ولكن إذا كان صاحب الدفع قد تمسك به أمام محكمة الموضوع وكانت هى قد فصلت فيه خطأ ، فإنه يستطيع لذلك بناء الطعن فى الحكم على مخالفته للقانون فى قواعد الإختصاص . وكذلك يكون له الطعن فى الحكم إن لم يكن قد أسقط حقه فى الدفع وحكم عليه غيابيا فى الموضوع[1] (على اعتبار أن الحكم الذى

(١) ملحق دالوز فقرة ٣١٦ وجارسونيه فقرة ٣٨٧ .

صدر فى الموضوع غيابيا قد فصل ضمنا فى مسألة الاختصاص) . أما إذا كانت القاعدة من قواعد النظام العام فإن محكمة الموضوع — إذ كان لها أن تثير مسألته وتحكم فيها من تلقاء نفسها — تعتبر أنها بقضائها فى موضوع الدعوى تكون قد قضت باختصاصها ضمناً ، وبهذا يصح الطعن فى حكمها على اعتبار أنه قد بنى على مخالفته للقانون ، ويحق للطاعن أن يستند إلى عدم الاختصاص ولو لم يكن تمسك به أمام محكمة الموضوع ، وذلك على اعتبار أنه سبب قانونى صرف[١]

٢ — تجاوز حدود السلطة

excès de pouvoir

١٦٤ — لهذه العبارة فى الفقه الفرنسى عدة معان : فقد يعتبر القاضى أنه تجاوز حدود سلطته ، بالمعنى الواسع لهذه العبارة ، إذا عمل ما لم يكن ليعمله أو إذا لم يعمل ما وجب عليه عمله[٢] . وهى بهذا المعنى أعم من « عدم الاختصاص » ومن « سكوت القاضى عن الحكم » وتتسع للأحوال التى تجوز مخاصمة القاضى فيها حسب ما جاء بقانون المرافعات . وهذا المعنى هو المعتبر فى فقه القانون الإدارى ، إذ يعد الموظف الإدارى أنه تجاوز حدود سلطته إذا خالف فى أعماله وتصرفاته الأوضاع الشكلية التى أوجب القانون مراعاتها أو إذا توخى بهذه الأعمال غير غايتها من المصلحة العامة أو وضعها على غير موضعها[٣] .

وللعبارة معنى آخر فى حكم المادتين ١٤ و ١٥ من قانون ٢٥ مايو سنة ١٨٣٨ هو أضيق من المعنى المتقدم الذكر . وقد عنى بعض الفقهاء بتحديده وضبطه[٤]

---

(١) جارسونيه فقرة ٣٨٧ وهامش ٣ و ٤ و ٥ و ٦ وملحق دالوز فقرة ٤٢٩ وفاى فقرة ١١٤ .

(٢) tout ce qu'un juge a fait ne devant le faire, ou n'a pas fait devant le faire

(٣) جارسونيه فقرة ٣٨٦ وهامش ٢ .

(٤) جارسونيه ص ٦٨٠ — ٦٨٢ ورسالة الدكتوراه التى وضعها Cartoult =

ولا يزالون مختلفين فيه . والراجح من آرائهم أن الشارع — إذ نص فى هاتين المادتين على عدم جواز الطعن فى أحكام قضاة الصلح الانتهائية بطريق النقض إلا عند تجاوز حدود سلطته — لم يقصد من هذه العبارة تجاوز حدود اختصاصه القضائى المعروف ، ولا امتناعه عن الحكم فيما هو مختص به ولا ارتكابه ما يقتضى مخاصمته على الوجه المعروف فى قانون المرافعات ؛ بل قصد بها انتحال القاضى لنفسه حقوقاً محرمة على السلطة القضائية أو اغتصابه ما هو من وظائف السلطتين التشريعية والتنفيذية[1] ، كأن يضع لائحة من لوائح الضبط ، أو يوقف تنفيذ أمر إدارى ، أو ينتقد السلطة التشريعية أو التنفيذية فيما هو من سلطتها ، أو يلقى لوماً على النيابة ، أو يقول مثلا فى حكم يصدره متبعاً فيه رأى محكمة النقض إنه إنما اتبعه على مضض[2] .

= وبحث فيها عن تجاوز حدود السلطة باعتبارها حالة من حالات الطعن أمام محكمة النقض ، وبين مايراد من هذه العبارة فى نصوص القانون الفرنسى وعند فقهائه وفى أحكام محكمة النقض ، وقارن بين التعريف الذى وضعته محكمة النقض لهذه العبارة ، وتعريف مجلس الدولة وانتهى باختيار هذا التعريف :

L'excès de pouvoir consiste de le part du juge dans l'empiétement sur le domaine des pouvoirs législatif, exécutif ou administratif, et dans la transgression des règles qui constituent l'essence même du pouvoir judiciaire.

وعرفه ڤالين Waline فى رسالته الخاصة بهذا الموضوع بقوله :

Il y a excès de pouvoir lorsque le juge a cessé de faire œuvre juridictionnelle pour se conduire en legislateur, en administrateur ou pour commettre un abus de force, lorsqu'il méconnait les principes sur lesquels reposent l'organisation de l'ordre judiciaire

(١) ع . ف ١٨ فبراير سنة ١٩٠٨ (د ٠٨ — ١ — ١٨٤) وقد أشير إليه فى تعليقات دالوز فقرة ٢٠٤٤

(٢) ن . ف ٢ أبريل سنة ١٨٥١ (د ٥١ — ١ — ٧٤) . وقد قبلت محكمة النقض طعنا رفع لها عن حكم أصدره قاض من قضاة الصلح بعدم قبول التماس رفع له عن حكم انتهائى أصدره ، وقالت فى حكمها إن تجاوز السلطة كما يكون بخروج القاضى عن حدود وظائفه القانونية يكون كذلك بعدم أخذه بحقه فيما أعطاه القانون إياه من سلطة الحكم ، انظر ن . ف ٤ نوفمبر سنة ٩٥ (د ٩٦ — ١ — ٨٢١) و ١٤ مايو سنة ٩٠٠ (جازيت دى باليه ١٦ مايو سنة ٩٠٠)

هذا هو معنى « تجاوز حدود السلطة » فى باب الطعن بطريق النقض فى أحكام قضاة الصلح طبقاً للمادتين ١٤ و ١٥ من قانون ٢٥ مايو سنة ١٨٣٨ وهو يقرب من المعنى الذى أعطى لهذه العبارة الواردة فى نص المادتين ٨٠ ، ٨٨ من قانون ٢٧ فنتوز سنة ٨ اللتين تخولان للنائب العام حق الطعن لمصلحة القانون فى الأحكام النهائية أو فى أعمال القضاة إذا تجاوزوا حدود سلطتهم[1] .

١٦٥ — ومهما يكن معنى « تجاوز السلطة » فهو لا يخرج عن مدلول مخالفة القانون . ومهما تكن أهمية تحديد هذا المعنى الخاص فى فرنسا لضبط الأحوال التى يجوز فيها الطعن بالنقض فى أحكام قضاة الصلح والأحوال التى يجوز فيها الطعن من النائب العام لمصلحة القانون ، فإن الشارع المصرى قد كفانا مؤونة هذا التحديد إذ لم يعتبر تجاوز السلطة حالة متميزة من حالات الطعن بالنقض ولم يقرر له أى حكم خاص فى القانون ، بل إنه قد أشار إليه باعتباره من قبيل تجاوز الاختصاص المتعلق بوظائف القضاء حيث قال فى المذكرة الإيضاحية « وتقتصر محكمة النقض على نقض الحكم عند ماترى أن المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه قد تجاوزت حدود سلطتها أى أصدرت قراراً غير داخل فى اختصاص السلطة القضائية ، ففى هذه الحال تكون المسألة مسألة عدم اختصاص أيضاً » .

٣ — عدم الحكم فى أحد الطلبات المقدمة للمحكمة والحكم بشىء لم يطلبه الخصم

١٦٦ — عدم الحكم فى أحد الطلبات المقدمة للمحكمة[2] ، والحكم

(١) راجع فى الفرق بين هاتين الحالتين فاى (فقرة ٤٥٤ وما بعدها) ، وفى الفرق بين معنى تجاوز السلطة وعدم الاختصاص وفى فائدة التفريق بينهما (أجارسونيه فقرة ٣٨٥ ص٦٧٩ وفقرة ٣٨٦ وهامش ٤ ، وفى الفقه البلچيكى سيمونيه فقرة ٢٤٦) ، واقرأ فى إجراءات هذا الطعن المادة ١٤ من القانون الصادر فى بلچيكا فى ٢٥ فبراير سنة ١٩٢٥ (سيمونيه فقرة ٢٤٧)

(٢) عدم الحكم فى الطلب هو السهو عن الفصل فيه صراحة أو ضمناً ، بعد تقديمه =

بشىء لم يطلبه الخصم[1] ، هما من وجوه الالتماس المنصوص عليها فى الفقرتين الأولى والخامسة من المادة ٣٧٢ مرافعات .

ولئن كان عدم الحكم فى أحد الطلبات المقدمة للمحكمة والحكم بشىء لم يطلبه الخصم هما من قبيل مخالفة القانون ، إلا أن الشارع إذ استحدث محكمة النقض المدنية وجعل مخالفة القانون من حالات الطعن أمامها لم يقصد إدخال وجهى الالتماس هذين فى عموم هذه الحالة . ولو شاء لصرح بإلغاء الفقرتين الأولى والخامسة من المادة ٣٧٢ مرافعات أو لأشار إلى قصده هذا على الأقل فى المذكرة الإيضاحية . وإذن تكون القاعدة هى عدم جواز الطعن بطريق النقض فى الحكم لمجرد كونه قد قضى بما لم يطلبه الخصم أو لمجرد كونه لم يفصل فى أحد الطلبات المقدمة للمحكمة . وهذا هو ما أجمع عليه الفقه والقضاء فى فرنسا[2]

= تقديماً صحيحاً . أما عدم الرد على مايقدمه الخصوم من وسائل الدفاع وأدلته فليس يعتبر وجهاً للالتماس ، لأنها ليست من الطلبات ؟ ولأن ترك الرد عليها يتضمن القضاء برفضها .

(١) ويتحقق هذا الوجه عند ما تقضى المحكمة بشىء لم يطلبه الخصم صراحة أوضمناً ، كأن تقضى على مدعى عليه بصفتـه الشخصية فى حين أن الدعوى مرفوعة عليه بصفته وصيا أو قيما أو وليا ، وكأن يطلب المدعى الحكم له بدينه فتقضى المحكمة بالدين وفوائده . ولا شك فى أن للمحكمة أن تحكم من تلقاء نفسها بما يقتضيه النظام العام فتحكم بعدم اختصاص المحاكم الأهليـة مثلا ، وأن تأمر بما تراه من إجراءات التحقيق فتقضى بالانتقال لمحل النزاع أو للمجلس الحسبى أو لقلم الرهون أو بتعيين خبير أو بالاحالة على التحقيق أو بتحليف اليمين المتممة مثلا . ولها أن تصرح فى قضائها بما يوجبه القانون حتما كأن تأمر بتنفيذ الحكم مؤقتاً إذا كان واجباً بقوة القانون ، وأن تستبعد الورقة المنكورة . ولها كذلك أن تستند فى قضائها إلى غير ما أبداه الخصم من حجج . وللمحكمة أن تقضى بما ترى أنه يدخل ضمنا فى الطلبات المقدمة لها ، ولو لم يطلب منها صراحة ؛ ولذلك لا يقبل الالتماس إذا طلب إنسان الحكم بالزام آخر بعمل شىء التزمه أو التصريح له هو بعمله على مصاريف الملتزم ، فقضت المحكمة بالزام المدعى عليه بمبلغ من المال مقابل عدم الوفاء ، وكذلك إذا قضت المحكمة من تلقاء نفسها برد الثمن فى الدعوى التى طلب فيهـا المشترى الحكم بفسخ البيع ، ولا فى الدعوى المرفوعة بطلب فسخ البيع لعدم إخبار المشترى بما على المبيع من حقوق عينية ، إذا حكمت المحكمة بالزام البائع بالتعويض المناسب لتحمل المبيع هذه الحقوق .

(٢) جارسونيه فقرة ٤٨٠ والأحكام الكثيرة المبينة بالهامش رقم ١ وبلاسار ص ١١٤ و ١٤١ وفاى فقرة ٦٥ و ٦٦

طبقاً لحكم الفقرتين الرابعة والخامسة من المادة ٤٨٠ مرافعات ، وقد حكمت به محكمتنا المصرية [١] .

وإذا كان الأخذ بهذه القاعدة سهلا كلما كان عيب الحكم هو مجرد كونه قد قضى بما لم يطلبه الخصم أو كونه لم يفصل فى أحد الطلبات المقدمة للمحكمة ، فإن الأخذ بها قد يصعب إذا خالط هذا العيب عيب آخر يصيب الحكم ، إما من قبل أن المحكمة تكون قد بينت فى حكمها المشكو وجهة نظرها فيه وأظهرت كيف قضت بما قضت به مدركة حقيقة ما قدم لها من الطلبات وعالمة بما قد تتناوله قانوناً فخالفت القانون فيما فعلت ، وإما من قبل أن الحكم يكون قد شابه عيب آخر يمكن اعتباره أنه مخالفة أخرى للقانون أو خطأ فى تطبيقه أو فى تأويله ، وإما من قبل أن يكون الحكم قد وقع باطلا لقصور أسبابه . وفى تفصيل ذلك نقول :

١٦٧ — الحكم بما لم يطلبه الخصم : (١) إذا كان عيب الحكم أنه قضى بما لم يطلبه الخصم وكان القاضى الذى حكم مدركاً أنه قد قضى بما قضى فى حدود الطلبات المقدمة وكان قد ذكر فى حكمه الوجه الذى بنى حكمه عليه ، فالأولى رفع الشكوى لمحكمة النقض لا لمحكمة الالتماس . ذلك بأن سلوك سبيل الالتماس إنما يرجى به تمكين القاضى الذى حكم من استدراك ما وقع فيه من سهو أو غلط بفسخ الحكم عن الملتمس وإعادته لمركزه الأصلى وتمكينه من مواجهة النزاع من جديد رجاء الظفر بحكم آخر فيه ، وظاهر أنه لو سلك هذا السبيل فى هذه الصورة ، فليس من المحتمل أن يرجع القاضى عن رأيه الذى رآه عن علم وعن بينة ، مهما يكن مبلغ خطئه فى واقع الأمر . ولذلك كان هذا النظر مجمعاً عليه فقهاً وقضاء ، قال به جارسونيه [٢] و بلاسار [٣] وفاى [٤] وجلاسون وتيسيه [٥] وغيرهم ،

---

(١) ٣ ديسمبر ١٩٣١ (المحاماة سنة ١٢ رقم ٢١٢ ص ٤١٩ ومج . س ٣٣ رقم ٥٩ ص ١٠٨)

(٢) جارسونيه فقرة ٤٨٠ ص ٨٠٧ وبهامش ٤ الأحكام .

(٣) بلاسار ص ١١٦

(٤) فاى فقرة ٦٦

(٥) جلاسون وتيسيه ص ٤٢٧ وملحق دالوز فقرة ٣٢٠

وقضت به محكمة النقض الفرنسية : فقد رفع التماس لمحكمة نانسى عن حكم صرحت فيه المحكمة الاستئنافية أنها إذ قضت بما قضت به (زائداً على الطلبات المقدمة) لا تعتبر نفسها أنها قضت بشىء لم يطلبه الخصم وإنما حكمت فى حدود الطلبات ، فرفض الالتماس[1] وجاء فى حكم الرفض أن الالتماس هو طريق يسلكه الملتمس إلى المحكمة التى أصدرت الحكم لتستدرك ما وقعت فيه من سهو أو غلط ، وما دام الحكم الملتمس فيه قد صرح بأنه لم يقض بما لم يطلبه الخصم فالالتماس لذلك يكون غير مقبول . ولما طعن فى الحكم الصادر برفض الالتماس أمام محكمة النقض قضت هذه المحكمة برفض الطعن[2] . وفى قضية أخرى ادعى فيها المستأنف أن محكمة الدرجة الأولى قد حكمت عليه لبعض الخصوم بما لم يطلبوا الحكم به وقضت محكمة الاستئناف برفض استئنافه بناء على أنه لم يوجهه إلى من حكم له بما لم يطلب ، ولما طعن المستأنف فى هذا الحكم الأخير بطريق النقض دفع الطعن بأن كون الحكم قد قضى بما لم يطلبه الخصم إنما هو وجه من وجوه التماس إعادة النظر ، فحكمت محكمة النقض برفض هذا الدفع وقبول الطعن شكلا وقالت فى حكمها إنه على الرغم من عموم نص المادة ٤٨٠ من قانون المرافعات (التى تعد هذا العيب من وجوه الالتماس) فإنه لم يكن أمام الطاعن إلا سبيل محكمة النقض لأن الحكم المطعون فيه لم يكن ساهيا عن القضاء فى طلب للمستأنف حتى كان يرجى استدراك هذا السهو من طريق التماس إعادة النظر ، بل إنه قضى برفض الاستئناف عن بينة وأقام قضاءه على أساس ذكره[3] .

١٦٨ — (ب) فإن كان ما يعيب الحكم من ناحية كونه قد قضى بما لم يطلبه الخصم ، مترتباً على مخالفة أخرى للقانون ، تعين كذلك رفع الطعن لمحكمة

(١) ٢٢ فبراير سنة ١٨٧٣ (د ٧٣ — ٢ — ٢٦)

(٢) ١٢ أبريل ١٨٧٥ (د ٧٥ — ١ — ٣١٤)

(٣) ملحق دالوز فقرة ٥٥ تحت كلمة التماس إعادة النظر و ع . ف ١٨ أكتوبر سنة ١٨٨٦ (س ٩٠ — ١ — ٢٤٦٢) و (د ٨٧ — ١ — ٣٩٠)

النقض تغليباً لهذه المخالفة التى هى علة ذلك العيب فى الحكم ؛ وهو الظاهر فى الفقه الفرنسى وقضاء محكمة النقض الفرنسية[١] . ومن صوره أن موثقا فاته التوقيع على عقد يتضمن إيصاء سيدة لزوجها بحق الانتفاع بما يكون لها من أموال عند وفاتها فطالبه الزوج بالتضمينات المترتبة على بطلان الوصية (لعدم توقيع الموثق عليها) وطلب الحكم بإلزامه بأن يدفع له إما إيراداً سنويا مدى الحياة قدره ٢٨٦٧ فرنكا وإما تعويضاً قدره ٢٠٩٦١ فرنكا مع إيراد سنوى كذلك قدره ٨١٦ فرنكا ، على أن يكون الخيار فى الأمرين للمدعى عليه ، فحكمت محكمة الاستئناف بإلزام الموثق بأن يدفع للزوج إيراداً سنويا قدره ١٥٠٠ فرنك . طعن الموثق فى الحكم بطريق النقض زاعما أن محكمة الاستئناف ما كان لها أن تختار ما يجب أن يكون الخيار فيه له هو ، وأن فى ذلك مخالفة للمادة ١١٩٠ من القانون المدنى التى تنص على حكم الالتزامات التخييرية ، فقبلت المحكمة هذا الطعن ، وذكرت فى أسباب حكمها أن محكمة الاستئناف إذ قضت بإلزام المدعى عليه بدفع ذلك الإيراد السنوى للمدعى لم تحكم بشىء لم يطلبه الخصم فحسب ، بل خالفت القانون من قبل قضائها بما ترك الخيار فيه للمدعى عليه[٢] .

مثال آخر : اصطدمت سفينتان وطالبت إحداهما الأخرى بتعويض ما أصابها من الخسائر البحرية فأجابت المدعى عليها بأن الاصطدام قهرى لا جبر فيه لإحداهما على الأخرى ، وحكمت محكمة الدرجة الأولى بالتعويض الذى قدره خبير الدعوى ، ومحكمة الاستئناف ألغت الحكم المستأنف وذكرت فى أسباب حكمها أنه قد ظهر لها من وقائع الدعوى وظروفها أن الاصطدام كان نتيجة لأسباب

(١) جارسونيه ص ٨٠٧ وهامش ٣ وفاى فقرة ٦٥ وبلاسار ص ١٢١ وتيسيه ص ٤٢٧ وهامش ١ وحكم ٢٤ أكتوبر سنة ١٩١١ (س ٩١٤ — ١ — ٢٤١) وتعليق الأستاذ Napuet وحكم ٣١ يوليه سنة ١٩١٢ (س ٩١٤ — ١ — ٢٢١) و ٤ فبراير سنة ١٩٢٤ (س ٩٢٤ — ١ — ١٥)

(٢) ١٤ أبريل ١٨٨٦ (س ٨٦ — ١ — ٢٤٥) (د ٨٦ — ١ — ٤٦٦) وأيضاً ن . ف ١٣ مايو سنة ٩٦ (د ٩٦ — ١ — ٤٢١)

متنوعة ، وأنها كما لا تستطيع القطع بأنه كان حادثاً قهريا كذلك لا يمكنها الجزم بإسناده إلى خطأ المدعى عليها ، وأنها لذلك مضطرة إلى الأخذ فى الدعوى بالفقرة الثالثة من المادة ٤٠٧ من قانون التجارة البحرى (المقابلة للمادة ٢٤٢ من قانون التجارة البحرى الأهلى) التى تجعل جبر الضرر على السفينتين على نسبة قيمة كل منهما إذا اشتبه فى الأسباب الموجبة للخسائر ، وحكمت بما يقتضيه هذا النظر . طعن فى هذا الحكم بطريق النقض و بنى الطعن على مخالفته الفقرة الثالثة من المادة المتقدمة الذكر ، فقبلته محكمة النقض وقالت فى حكمها : إنه لا شك فى أن لمحكمة الموضوع متى اتصلت بدعوى جبر الخسائر البحرية أن تفحص مزاعم الخصوم وتقضى فيها على مقتضى القانون ، سواء برفضها أو بالتعويض المطلوب كله أو بجزء منه ، ولكن المحكمة ما كان لها فى صورة الدعوى الحالية — التى لم تدع فيها المدعى عليها بوقوع خطأ ما من المدعية بل لم تشر إلى ما يوجب تطبيق المادة ٤٠٧ المتقدمة الذكر — أن تجعل جبر الخسارة على السفينتين بغير طلب ، فقضاؤها بذلك يكون خطأ فى تطبيق هذه المادة على صورة الدعوى ، وهذا الخطأ كان يمنع من رفع الطعن إلى محكمة الالتماس(١) .

مثال آخر : طولبت مصلحة القيد (l'administration de l'enrégis-trement) برد ما حصلته من رسوم زيادة على ما وجب لها وحكم عليها بالرد مع الفوائد من يوم المطالبة الرسمية ، فطعنت فى هذا الحكم لدى محكمة النقض و بنت طعنها على أن المحكمة بقضائها بالفوائد بغير طلب قد تجاوزت حدود سلطتها ، وقضت بما لم يطلبه الخصم ، فقبلت محكمة النقض الطعن وقالت فى حكمها(٢) إن

(١) ٥ أبريل سنة ١٨٨٢ (س ٨٢ — ١ — ٣٧٧ والتعليق المنشور بالهامش) و (د ٨٣ — ١ — ٢٤٦)

(٢) ٧ نوفبر سنة ١٩١٠ (د ٩١١ — ١ — ١٤٥) . ومما تنبغى ملاحظته أن الفقرة الأولى من المادة ٦١ من قانون ٢٢ فريمير سنة ٨ المتعين تطبيقها فى صورة الدعوى تمنع من الحكم بالفوائد إطلاقا حتى عند الطلب ، هذا إلى أن المادة ٦٥ من ذلك القانون تجعل محكمة النقض هى الواجب الرجوع إليها عند الخطأ فى تطبيقه .

القضاء بما لم يطلبه الخصم وإن كان وجهاً من وجوه التماس إعادة النظر ، إلاّ أنه يصير وجهاً من وجوه الطعن بطريق النقض إذا كان القانون الواجب تطبيقه فى صورة الدعوى يمنع من القضاء بمثل ما قضى به الحكم المطعون فيه حتى ولو كان المحكوم له قد طلب إلزام خصمه بما قضى له به على غير طلب(١) .

١٦٩ — (ج) وقد يحدث أن يكون الحكم بما لم يطلبه الخصم غير مسبب فيقع باطلاً ويتعين الطعن فيه لدى محكمة النقض ، وهو ظاهر وقد أشارت إليه محكمة النقض الفرنسية فى حكميها الصادرين فى ٤ أغسطس سنة ١٨٨٦ و ٢٨ فبراير سنة ١٨٩٨(٢) .

١٧٠ — ومن تأمل هذه الصور وأمثالها لا تفوته التفرقة بين الصور التى يتعدد فيها عيب الحكم تعددا حقيقيا بكونه فى جزء منه قد قضى بما لم يطلبه الخصم وبكونه فى جزء آخر منه قد خالف القانون فكان كل من العيبين متميزا عن الآخر ، وبين الصور التى لا يتعدد فيها العيب إلا فى النظر بأن يصح تكييفه بأنه قضاء بما لم يطلبه الخصم وبأنه مخالف للقانون باعتبارين مختلفين — المتأمل فى هذه الصور لا تفوته هذه التفرقة ولا ما تقتضيه من القول فى الصور الأولى بجواز الالتماس يبنى على وجهه الخاص (القضاء بما لم يطلبه الخصم) وبجواز الطعن بطريق النقض يبنى كذلك على مخالفة القانون ، ومن القول فى الصور الثانية بترجيح تقديم الطعن لمحكمة النقض . ففى قضية رد الرسوم التى حكم فيها بالفوائد بغير طلب ، قد أشارت محكمة النقض الفرنسية إلى أن عيب الحكم

---

(١) وقد يخالط عيب الحكم بما لم يطلبه الخصم أنه مخالف لحجية الشىء المحكوم به ، فيرفع الطعن فى الحكم لمحكمة النقض (تيسيه ص ٤٢٧) و ن . ف ٥ يوليه سنة ١٨٨٢ (د ٨٣ — ١ — ٣٠٠) و ن . ف ٢٤ أكتوبر سنة ١٩١١ (د ٩١٤ — ١ — ٣١٨) و (س ١٩١٤ — ١ — ٢٤١) .

(٢) ٤ أغسطس سنة ١٨٨٦ (د ٨٧ — ٥ — ٣٨٤) و ٢٨ فبراير سنة ١٨٩٨ (س ٩٨ — ١ — ٤٦٥) وقد استند إليهما بلاشار (ص ١٢٨)

المطعون فيه كان واحدا ، وأنه إذا صح تكييفه بأنه قضاء بما لم يطلبه الخصم فانه يصح اعتباره مخالفة للقانون ما دام لا يصح القضاء بالفوائد قانوناً حتى لو كان الخصم قد طلب الحكم بها على مصلحة القيد ، ولهذا تعين تقديم الطعن لمحكمة النقض . وفى قضية التصادم البحرى التى قضت فيها محكمة النقض بقبول الطعن المبنى على مخالفة المادة ٤٠٧ من قانون التجارة البحرى قد صرحت هذه المحكمة بأن تلك المخالفة للقانون كان من شأنها عدم جواز رفع الالتماس ؛ والظاهر من أسباب الحكم المطعون فيه وأسباب حكم محكمة النقض أن ما عيب به الحكم كان يحتمل اعتباره وجه التماس ووجه مخالفة للقانون ، ولكن محكمة النقض رجحت اعتباره مخالفة للقانون ولذلك قضت بقبول الطعن شكلا .

١٧١ — عدم الفصل فى أمر الطلبات المقدمة للمحكمة : وخطأ عدم الفصل فى أحد الطلبات المقدمة قد يقع فيه القاضى — كما أسلفنا — لا عن سهو أو غلط بل عن شعور وعلى بينة ، وقد يقع مترتباً على مخالفة للقانون أو خطأ فى تطبيقه أو فى تأويله ، كما قد يصاحبه خلو الحكم من الأسباب التى بنى عليها .

١٧٢ — (١) فإذا كان القاضى قد رمى حقيقة إلى عدم الفصل فى أحد الطلبات المقدمة له و بيّن فى حكمه الوجه الذى بنى عليه قضاءه من هذه الناحية ، تعين رفع الأمر إلى محكمة النقض اعتباراً بما قلناه آنفا عند الكلام عن القضاء بما لم يطلبه الخصم ، وهو ما ذهب إليه فاى [(١)] و بلاسار ، وأشارت إليه محكمة النقض الفرنسية فى حكمها الصادر فى ٩ يوليه سنة ١٩٠٠ وقد كان مبنى الطعن الذى قضت برفضه هذه المحكمة أن محكمة الاستئناف قد خالفت القانون بقضائها بتأييد أحد

---

(١) فاى ص ٩٣ ، وبلاسار ص ١٤٣ و ١٤٤ . أما جارسونيه فلم يشر إلى هذه الصورة لندورة وقوعها ، لأن القاضى إذا كان يصرح أحياناً بأنه لم يقض فى الواقع بما لم يطلبه الخصم وأنه إنما قضى بما قضى به فى حدود الطلبات المقدمة ، فانه من النادر أن يصرح بأنه يرى عدم الفصل فى أحد الطلبات . ولهذه الندورة لم يظفر بلاسار إلا بحكم ٩ يوليه سنة ١٩٠٠ المشار إليه فى المتن ، وقد استدل بما لأسبابه من مفهوم المخالفة كما رأيت .

الحكمين المستأنفين وعدم فصلها فى الاستئناف المرفوع عن الحكم الثانى ، فلما رأت محكمة النقض أن الذى يعيب الحكم — لو سلم بأن كلا الحكمين قد استؤنف — إنما هو عدم الفصل فى أحد طلبات المستأنف وأنه لم يتبين من الحكم المطعون فيه أن محكمة الاستئناف قد تعمدت عدم الفصل فى هذا الطلب عالمة بقيامه ، قضت بعدم قبول الطعن(١) . وتدل هذه الأسباب على أن محكمة النقض كانت تقبل وجه الطعن لو كانت رأت أن عدم الفصل فى طلب إلغاء الحكم المستأنف الثانى كان عن بينة لا عن مجرد السهو .

١٧٣ — (ب) ويندر أن يكون عدم الفصل فى أحد الطلبات المقدمة مشوباً بمخالفة أخرى للقانون أو خطأ فى تطبيقه أو فى تأويله . ولو وقع تعين رفع الأمر لمحكمة النقض اعتباراً بما قلناه فى مثل هذه الصورة لو كان عيب الحكم هو القضاء بما لم يطلبه الخصم ، وهو ما ذهب إليه بلاسار وأشارت إليه محكمة النقض الفرنسية فى حكميها الصادرين فى ٢٤ مارس سنة ١٩١٤ و ١٣ يناير سنة ١٩١٩ إذ جاء فيهما أن عدم الفصل فى أحد الطلبات يبقى على اعتباره وجهاً من وجوه الالتماس ما دام لم تخالطه مخالفة فى القانون تجعله وجهاً من وجوه الطعن بطريق النقض(٢) .

١٧٤ — (جـ) وكذلك يكاد يكون من المتعذر اقتران عيب عدم الفصل فى أحد الطلبات المقدمة للمحكمة بخلو الحكم من الأسباب . ذلك بأنك لا تقول إن المحكمة لم تفصل فى شىء طلبته إلا إذا لم تر لها حكما فيه ، ولا تقول إن حكمها قد خلا من أسبابه إلا إذا كانت قد حكمت حقيقة فى طلبك حكما قصديا أو ضمنيا وخلا حكمها من الأسباب التى بنى عليها .

---

(١) ٩ يوليه سنة ١٩٠٠ (د ٩٠٠ — ١ — ٤٧٢) و(س ١٩٠٠ — ١ — ٤٠٨)

(٢) ٢٤ مارس سنة ١٩١٤ (د ٩١٦ — ١ — ٩٦) و ١٣ يناير ١٩١٩ (د ٩٢٢ — ١ — ١٥٠) و(س ٩٢١ — ١ — ١٦٤) وقد استدل بهما بلاسار على ما ذكر فى المتن (ص ١٤٥)

١٧٥ — ونحن إذا استبعدنا وقوع عدم الفصل فى الطلب عن بينة أو مشوبا بمخالفة أخرى للقانون أو معيبا بخلو الحكم من الأسباب ، فلا يبقى فى الحقيقة إلا أحد أمرين : إما أن تكون المحكمة قد أغفلت الفصل فى الطلب سهواً فيطعن فى حكمها بالتماس إعادة النظر ، وإما أن تكون قد فصلت فيه ضمناً بفصلها فى طلب آخر قصداً وأخطأت فى هذا القضاء الضمنى أو لم تسببه فيطعن فى حكمها بطريق النقض .

ولا يهديك فى التمييز بين كون الحكم المطعون فيه لم يفصل فى الطلب المقدم للمحكمة وبين كونه قد فصل فيه ضمنا بغير أسباب ، غير إنعام النظر فى الحكم المطعون فيه ، فإن كان ما تسفر عنه دلائله وتومئ إليه مقدماته وتنطق به شواهده يلقى فى روعك أن القاضى — وهو يفصل فيما فصل فيه — قد بقى طلق الرأى فى الطلب الآخر الذى عزى إليه أنه لم يفصل فيه ، فيصح لك عندئذ القول بأنه لم يفصل حقا فى هذا الطلب وأنه إنما سها عنه ويكون طريق الطعن هو التماس إعادة النظر . وإن دلت الدلائل على أن القاضى قد أخذ نفسه فى هذا الطلب بمذهب جرى عليه فيما فصل فيه فإنه يكون عندئذ قد فصل ضمناً فيما قيل إنه لم يفصل فيه ، وإذا كان هذا الفصل الضمنى مخالفاً للقانون أو غير مسبب تعين رفع الطعن فى الحكم بطريق النقض(١) .

وأكثر ما تظهر فيه الحاجة إلى التمييز بين الأمرين أن يكون الطلب قد قدم أثناء المعارضة أو حين الاستئناف ثم يكون الحكم المطعون فيه قد صدر بتأييد الحكم المستأنف أو المعارض فيه خالياً من الأسباب ومكتفياً بأسباب الحكم الذى أيده ؛ فعندئذ يكون على من يريد التثبت مما إذا كان الأنسب هو رفع الطعن بالنقض أو بطريق الالتماس ، أن يبحث عما إذا كان قاضى المعارضة أو الاستئناف عند ربطه الحكم الذى أصدره بالحكم الذى أيده آخذاً بأسبابه قد

(١) بلاسار ص ١٤٧

قصد أن يجعل حكمه واقعاً على الطلب الجديد الذى لم يفصل فيه صراحة أو أنه لم يقصد ذلك ، فاذا تبين استحالة كون الحكم الثانى قد قضى فى الطلب أصلا فيكون عيبه أنه لم يفصل فيه ويكون طريق الطعن هو التماس إعادة النظر لا محالة [1]. أما إذا تبين أن الحكم المؤيد قد قضى برفض ذلك الطلب ضمناً ، نظر فيما إذا كانت أسباب الحكم الأول تصلح لإقامة هذا الحكم الضمنى عليها أو لا تصلح ، فإن كانت تصلح لذلك فلا يكون ثمة عيب فى الحكم المطعون فيه يرفع أمره لمحكمة الالتماس أو لمحكمة النقض (إلا إذا كان القضاء الضمنى فى ذاته وقع مخالفاً للقانون) ، وإن كانت لا تصلح كان عيب هذا الحكم الضمنى هو خلوه من الأسباب وكان الطعن أمام محكمة النقض هو الطريق المتعين سلوكه .

ومن الشواهد على هذه القواعد :

(١) حكم محكمة النقض الفرنسية الذى أصدرته دائرة العرائض فى ١١ نوفمبر سنة ١٨٧٤ ، وقد كانت الدعوى خاصة بتصفية روكية الأموال الزوجية بين زوجين ، وكانت الزوجة قد طلبت أن يحقق الخبير المصفى ما إذا كانت المبانى التى استحدثت ضرورية فتقع مؤونتها على الروكية أو غير ضرورية فيقع حسابها على الزوج وحده . فلما قضى بتأييد الحكم المستأنف القاضى بتكليف الخبير بتقدير أثمان العقارات يوم انتهاء الروكية ويوم يعاينها الخبير طعنت الزوجة فى الحكم أمام محكمة النقض ، فرفضت المحكمة الطعن وقالت إن الحكم بتحديده مأمورية الخبير على النحو الذى حددت به لم يمس بحال حق الزوجة فى مناقشة زوجها حساب ما ينبغى أن تتحمله الروكية من مصاريف الإنشاء والعمارة وما ينبغى أن يتحمله هو منها ، ولهذا كان الحكم المطعون فيه غير فاصل فى طلب الزوجة المتقدم

---

(١) ع . ف ١٣ أبريل سنة ١٨٥٩ (د ٥٩ — ١ — ٤١٧) وقد جاء فى أسباب هذا الحكم أن محكمة الموضوع لم تفصل حقا فى الطلب المقدم لها ، وأنه ما كان ينتظر منها وهى لم تفصل فيه أن تدون له أسباباً خاصة ، وأن عيب الحكم يكون إذن هو مجرد عدم الفصل فى الطلب فقط ، وهو وجه من وجوه التماس إعادة النظر .

الذكر ، وكان طريق الطعن فيه هو التماس إعادة النظر[١] .

(٢) وحكمها الصادر فى ٢٥ فبراير سنة ١٨٧٨ ، وحاصل القضية أن موثقا طولب برد مبلغ تسلمه على حساب تحرير عقد لأحد عملائه فحكم قاضى الصلح عليه برد المبلغ وبتغريمه على عدم حضوره جلسة عرض الصلح على الخصمين ، فعارض الموثق فى هذا الحكم الغيابى وطلب ، فيما طلبه ، الحكم بالزام خصمه بأن يدفع له تعويضاً ، فحكم القاضى بتأييد الحكم الغيابى ، فطعن الموثق فى هذا الحكم زاعماً أن قاضى الصلح قد قضى ضمناً برفض طلب التعويض بحكم خال من الأسباب ، فلم تقبل المحكمة منه هذا الطعن ، وقالت إنها لم تتبين من مطالعة الحكمين أن القاضى قد فصل فصلاً ضمنيا فى طلب التعويض الذى قدمه المعارض أثناء المعارضة بل الذى تبين أن الحكم الصادر فى المعارضة لم يتعرض لهذا الطلب أصلاً ، ولذلك كان طريق التماس إعادة النظر فى الحكم الصادر فى المعارضة هو الطريق المتعين سلوكه[٢] .

(٣) وحكمها الصادر فى ٤ يولية سنة ١٨٥٥ ، وملخص قضيته أن رجلاً طالب خصمه بصافى حسابه عنده ، فرفضت محكمة الدرجة الأولى دعواه بانية حكمها على أنه لا حق له أصلاً فى طلب صافى الحساب ، فلما استأنف قضت له محكمة الاستئناف بهذا الصافى وسكتت عن الحكم له بالفوائد ، فطعن فى حكمها ، فقضت محكمة النقض بعدم قبول طعنه ووجوب تقديم الأمر فيه لمحكمة الالتماس[٣]

(١) ١١ نوفمبر سنة ١٨٧٤ (س ٧٥ — ١ — ٧٧) و (د ٧٥ — ١ — ٢٢٠) وقد استشهد به بلاسار (ص ١٤٩)

(٢) ٢٥ فبراير سنة ١٨٧٨ (س ٧٨ — ١ — ١٥٢) وبلاسار ص ١٥٤

(٣) ن . ف ٤ يوليه سنة ١٨٥٥ (د ٥٥ — ١ — ٢٨٤) . وظاهر أن محكمة الدرجة الأولى كانت قد فصلت ضمناً برفض طلب الفوائد واكتفت بما ذكرته من الأسباب متعلقاً بالطلب الأصلى لأنها صالحة لحمل الحكم الضمنى الصادر فى طلب الفوائد . أما الحكم الاستئنافى فاذ قضى بالغاء الحكم المستأنف وأحقية المستأنف لصافى الحساب وسكت عن الحكم بالفوائد صار لا يمكن اعتباره أنه قد فصل ضمناً بعدم أحقية المستأنف لها ، وإذن فقد بقى طلب الفوائد بغير فصل ، وكان ينبغى بشأنه الطعن فى الحكم بطريق الالتماس .

١٧٦ — و بعد فلا يفوتنا — ونحن نختتم هذا الفصل — أن نوجه نظرك إلى التفرقة بين عدم الفصل فى الطلب المقدم من المدعى أو من المدعى عليه و بين عدم الفصل فى وسائل الدفاع وأوجه الدفع المقدمة من أيهما . فإنه إذا كان الذى لم تفصل فيه المحكمة هو من الطلبات فإن عدم الفصل يكون وجهاً من أوجه الالتماس . أما إذا كان ما لم تفصل فيه هو مجرد دفاع أو دفع من أى الخصمين يؤيد به مزاعمه كطلبه إجراءًا من إجراءات التحقيق ، فإن قضاء المحكمة فى موضوع الدعوى يعتبر حكما ضمنيا برفض هذه الدفوع ، فإن لم يكن فى أسباب الحكم ما يصلح اتخاذه سبباً لهذا الرفض الضمنى صح الطعن فيه بالنقض(١) .

ومن تطبيقات محكمتنا المصرية أنها قضت بأنه إذا دفع لأول مرة لدى محكمة الاستئناف بعدم قبول دعوى المستأنف عليها لرفعها من غير ذى صفة و ببطلان صحيفة افتتاح الدعوى الابتدائية لرفعها من عدة أشخاص عن عدة عقود لا رابطة قانونية بين بعضها و بعض فقضت المحكمة فى موضوع الدعوى بتأييد الحكم الابتدائى لأسبابه فإن حكمها بالتأييد يعتبر حكما ضمنيا برفض الدفوع ؛ فإذا لم يكن فى أسباب الحكم الابتدائى ما يصح أن يتخذ سبباً لهذا الرفض الضمنى اعتبر الحكم الاستئنافى غير مسبب فى ذلك وتعين نقضه(٢) . وفى قضية أخرى محصلها أن احدى المديريات هدمت سرادقاً أعد لاقامة احتفال غير مأذون فى إقامته ، فأثبت المقاول ما أصاب أمتعته من التلف بدعوى مستعجلة ، ثم طالب بالتعويض فحكمت له محكمة الدرجة الأولى بالتعويض ، واستأنفت المديرية ودفعت أمام محكمة الاستئناف ببطلان عمل الخبير لمباشرته العمل قبل إعلان حكم ندبه لها مع كونه غيابيا ، ولعدم توجيه الخبير لها كذلك دعوة صحيحة لتحضر أمامه فى اليوم الذى حدده لمباشرة العمل ، ولعدم تقديم تقريره فى الوقت اللائق ، فحكمت محكمة الاستئناف بتعديل

(١) فاى فقرة ٦٦ وربرتوار دالوز فقرة ١٤٨٢

(٢) ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٢ (القانون والاقتصاد س ٣ رقم ٧٨ ص ٦٣ والمحاماة س ١٣ رقم ٣٤٢ ص ٦٩٦)

قيمة التعويض المحكوم به ، ولما طعنت المديرية فى هذا الحكم بطريق النقض ، حكمت المحكمة بنقضه ، وقالت فى حكمها بعد أن أوردت أسباب الحكم الاستئنافى : إن محكمة الاستئناف قد أخذت بتقرير الخبير ورفضت ضمنا ما وجه إلى الإجراءات من المطاعن الشكلية من غير أن تشير إليها ، ولا أن تبين أسباب رفضها مع أنها مطاعن لم تشملها أسباب الحكم الابتدائى . ثم قالت : إن هذا الدفع ليس من قبيل الحجج التى يدلى بها الخصوم ولا تكون المحكمة ملزمة حتما بذكرها والرد عليها فى حكمها ، بل هو من الدفوع التى يترتب على الأخذ بها أو رفضها بطلان عمل الخبير أو صحته ، ولذلك كان من الواجب على المحكمة تحقيقاً للغرض الذى يرمى إليه قانون المرافعات فى المادة ١٠٣ منه أن تبين فى حكمها الأسباب التى استندت إليها فى رفض الدفع المشار إليه بياناً كافياً ، فأما وقد خلا الحكم من ذلك فهو باطل بطلاناً جوهريا و يتعين نقضه[1] .

٤ — عدم قيام الحكم على أساس قانونى

١٧٧ — لاحظت محكمة النقض الفرنسية من عهد بعيد أن بعض الأحكام التى يطعن فيها أمامها بمخالفتها للقانون أو بخلوها من الأسباب تكون فى الواقع مسببة تسبيباً ناقصاً يعجزها عن مراقبة تلك الأحكام وعن معرفة ما إذا كانت قد خالفت القانون أو لم تخالفه ، فرأت أن من الحزم قبول الطعن فى مثل هذه الأحكام لا على اعتبار أنها قد خالفت القانون أو أنها خالية من الأسباب ، بل على اعتبار عدم قيامها على أساس قانونى صحيح . وقد حبذ الفقهاء هذا الرأى واعتبروه تفسيراً جريئاً ضروريا لنص المادة السابعة من قانون ٢٨ أبريل سنة ١٨١٠ (التى تقابلها المادة ١٠٣ من قانون المرافعات الأهلى) . وسنعود إلى تفصيل هذه الحالة عند

(١) أول ديسمبر سنة ١٩٣٢ (القانون والاقتصاد س ٣ رقم ٧٤ ص ٥٦ والمحاماة س ١٣ رقم ٢٦٨ ص ٥٢٠)

الكلام على تسبيب الأحكام وخلوها من الأسباب وسنضعها فى موضعها الواجب إنزالها به من حالات الطعن المنصوص عليها قانوناً .

٥ — التناقض فى أسباب الأحكام

١٧٨ — تناقض بعض أجزاء الحكم لبعض هو وجه من وجوه التماس إعادة النظر نصت عليه الفقرة السابعة من المادة ٤٨٠ من قانون المرافعات الفرنسى كما نصت عليه الفقرة السادسة من المادة ٣٧٢ مرافعات أهلى ، والمراد به ما يقع فى أجزاء منطوق الحكم ويجعل تنفيذه مستحيلا . أما المناقضة تكون فى أسباب الحكم أو فى أسبابه ومنطوقه فإنها قد تكون وجهاً من وجوه الطعن بطريق النقض على ما ستراه فى الفصل المعقود للتسبيب وخلو الحكم من الأسباب وما يتصل به .

الفصل الثانى

فى الطعن بوقوع بطلان فى الحكم أو فى الإجراءات

إن الطعن بوقوع بطلان فى الحكم هو — فى القانون المصرى — حالة مستقلة عن حالة الطعن بوقوع بطلان فى الإجراءات . فإذا جمعناهما فى عنوان فذلك إلى أن ننتهى من كلمة نقولها عنهما فى الفقه الفرنسى ثم نعود إلى كل منهما بفصل على حدة .

١٧٩ — ***فى القانون الفرنسى*** : عدت الفقرة الثانية من المادة ٤٨٠ من قانون المرافعات من وجوه الالتماس مخالفة الإجراءات التى توجب البطلان قانوناً ، سواء ما كان منها واجب المراعاة قبل الحكم أو حين إصداره ، وذلك إذا لم يغطِّ

الخصوم هذا البطلان بفعلهم أو بتركهم التمسك به[١] . ونصت المادة ٦٦ من دستور ٢٢ فريمير سنة ٨ على « أن مجلس النقض ينقض الأحكام التى تكون مبنية على إجراءات لم تتبع فيها قواعدها الشكلية[٢] » . ونصت المادة السابعة من قانون ٣٠ ابريل سنة ١٨١٠ على أن نقض الأحكام التى يصدرها عدد من القضاة يقل عن العدد الواجب تشكيل المحكمة منه قانوناً أو التى يصدرها من لم يسمع المرافعة من القضاة ، أو التى لا تصدر علناً أو التى لا تشتمل على الأسباب المبنية عليها تكون باطلة[٣] و[٤] .

وإذ كان هذا التعارض بين هذه النصوص قد أدى إلى احتمال القول بأن وجه البطلان الواقع فى الحكم أو فى الإجراءات السابقة له ، يجوز تقديمه لمحكمة الالتماس ولمحكمة النقض فى آن واحد ، مع أنه لا يصح فى النظر أن يكون الأمر فى رفع الطعن لأى المحكمتين متعلقاً بمشيئة الطاعن نفسه ، فقد احتيج إلى ضابط يصح الرجوع إليه فى معرفة ما ينبغى رفعه لمحكمة النقض وما يجب تقديمه لمحكمة الالتماس . وقد لاحظ جلاسون أن المعنى الجامع فى وجوه الالتماس هو

---

(١) ونصها : Si les formes prescrites à peine de nullité ont été violeés, soit avant, soit lors du jugement, pourvu que la nullité n'ait pas été couerte par les parties.

(٢) ونصها : Il casse les jugements rendus sur des procédures dans les quelles les formes ont été violées.

(٣) ونصها : les arrêts qui ne sont pas rendus par le nombre de juges prescrit, ou qui ont été rendus par des juges qui n'ont pas assisté à toutes les audiences de la cause, ou qui n'ont pas été rendus publiquement, ou qui ne contiennent pas de motifs, sont déclarés nuls.

(٤) وبطلان الاجراءات والأحكام منصوص عليه فى بلجيكا فى المادة ٢٠ من قانون ٢٥ مارس ١٨٧٦ بما نصه :

Pourront être déférés à la Cour de Cassation les arrêts et jugements en dernier ressort, pour contravention à la loi ou violation des formes, soit substantielles, soit prescrites à peine de nullité.

انظر سيمونيه فقرة ٢٠٤ وما بعدها .

وقوع سهو أو خطأ لو كان القاضى نبه إليه لما وقع فيه ، ولو رفع له الأمر فيه بعد وقوعه لاستطاع استدراكه بسحب الحكم الذى أصدره والاعتياض عنه بحكم آخر ، بغير غضاضة فى ذلك على نفسه . ولهذا رأى أن يكون الضابط هو كون وجه البطلان بقى غير مدرك لم يثره صاحب الحق فيه أمام المحكمة ولم تلتفت هى إليه من تلقاء نفسها ، سواء أكانت مخالفة الإجراء الواجب اتباعه هى مما تمكن نسبته إلى القاضى نفسه أم إلى الخصم ، فإن بقى وجه البطلان غير مدرك كما ذكر فالطعن بطريق الالتماس هو المتعين ؛ أما إذا كان قد أدرك وأثير أمام القاضى الذى أصدر الحكم ، تعين تقديم الطعن فى الحكم لمحكمة النقض ؛ إذ يكون القاضى قد فصل فى وجه البطلان على علم وعلى بينة ويكون عيب الحكم أنه قد خالف القانون أو أخطأ فى تطبيقه أو فى تأويله[1] .

ويرى تيسيه وموريل[2] أن الأولى جعل مناط التفرقة كون الإهمال فى الإجراء أو كون مخالفة القانون فيه مما تصح نسبته إلى القاضى نفسه أو إلى الخصم ، فإن كان يصح أن يقال إن القاضى نفسه هو الذى أخطأ أو خالف القانون وجب الطعن فى حكمه أمام محكمة النقض . ويعتبر القاضى أنه هو المخطئ أو المخالف للقانون إذا كان الخصم قد لفته إلى وجه البطلان الذى وقع فى الإجراء فتغافل عنه وحكم فى الدعوى . وكذلك يعتبر أنه هو المخطئ وأن طريق الطعن فى حكمه هو الطعن بالنقض ، متى كان الإجراء مما أوجب القانون على القاضى أن يقوم به بنفسه أو أن يلاحظ قيام الخصم به لمصلحة عامة . أما إذا كان المتسبب فى وقوع البطلان فى الإجراء هو الخصم ولم يكن قد حصل التمسك به لدى القاضى ، وكان غير متعلق بالنظام العام ، فسبيل الطعن المتعين سلوكه هو التماس إعادة النظر[3] .

---

(١) تيسيه ص ٤٢٢

(٢) راجع النصف الثانى من الصفحة المذكورة بالمرجع السابق و ص ٤٢٣ والأحكام المشار إليها بهامشها .

(٣) المرجع السابق ويستشهد بنص المادة السابعة المتقدمة وبأحكام كثيرة أصدرتها محكمة النقض بينها بهامش ٤٢٣ . وهو رأى فاى فقرة ٦٢ ص ٩٠

ويقول موريل إن اعتبار هذا الضابط هو الذى ضيق دائرة التماس إعادة النظر ، إذ أصبح لا يطعن فى الأحكام بأوجه البطلان الأربعة المبينة بالمادة السابعة من قانون ٢٠ أبريل سنة ١٨١٠ إلا أمام محكمة النقض لتعلقها بالأوضاع والقواعد الواجبة الاتباع فى إصدار الأحكام وتحريرها ، وهى أوضاع وقواعد جعل القانون القاضى نفسه قيما على مراعاتها للمصلحة العامة ، فإن لم يراعها صحت نسبة الخطأ فيها إليه . وكذلك قد أندر هذا الضابط تقديم الطعون المبنية على وقوع البطلان فى الإجراءات السابقة على الحكم إلى محكمة الالتماس ، لأن غالب هذه الإجراءات لا يتعلق بمصلحة عامة [1] فان سكت صاحب الحق عن التمسك بالبطلان فى حينه سقط حقه فيه وصار الحكم لا يجوز الطعن فيه لا بالالتماس ولا بالنقض ، وإن تمسك به ولم تجبه المحكمة إلى ما طلب كان الخطأ من جانب القاضى وكان طريق الطعن فى الحكم هو الطعن لمحكمة النقض [2] .

١٨٠ — فى القانون المصرى : هذه كلمتنا فى الطعن بوقوع البطلان فى الحكم أو فى الإجراءات فى الفقه الفرنسى . أما الشارع المصرى فقد جرى فى قانون تحقيق الجنايات على جمعهما فى نص واحد وهو « وجود وجه من الأوجه المهمة لبطلان الإجراءات أو الحكم » (الفقرة الثالثة من المادة ٢٢٩ من قانون تحقيق الجنايات) لكنه قد أفرد كلا منهما بالذكر فى قانون محكمة النقض ، ولهذا رأينا أن نعقد لكل منهما فصلا خاصا .

---

(١) يعدون فى فرنسا من الاجراءات السابقة على الحكم التى أوجبها القانون فى سبيل المصلحة العامة إجراءات السعى فى الصلح الواجب البدء به قبل رفع دعوى بطلان الزواج أو دعوى الفرقة بين الزوجين (المرجع السابق ص ٤٢٤)

(٢) وإذن لا يكون الطعن بالالتماس إلا فى صورة الحكم الغيابى .

الفرع الأول

فى الطعن بوقوع بطلان فى الحكم

١٨١ — حالة الطعن بوقوع بطلان فى الحكم هى حالة خاصة بالأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف (المادة ٩ من القانون) فإن كان الحكم الانتهائى صادراً من غير هذه المحاكم فلا يطعن فيه بطريق النقض، ولو كان وجه البطلان الواقع فى ذات الحكم أو فى الإجراءات السابقة له متعلقاً بالنظام العام.

١٨٢ — و بطلان الحكم هو الجزاء الذى رتبه القانون على مخالفة القواعد والإجراءات التى أوجب على المحاكم مراعاتها واتباعها فى تشكيل هيئاتها وفى إصدار الأحكام وتحريرها.

ولما كان الغالب فى هذه الإجراءات أنه لا يدرك عدم مراعاتها فى أحكام محاكم الاستئناف إلا حين إصدارها أو بعد إصدارها، كان حتما مقضيا أن يصح الطعن بهذا البطلان لأول مرة أمام محكمة النقض[1]، ولا محل للتحدى فى هذه الحالة بجدة السبب.

١٨٣ — أما أوجه البطلان الواقعة فى أحكام محاكم الدرجة الأولى فإنها لا يمكن أن تكون بنفسها أسباباً للطعن[2]، لأن هذه الأحكام هى من جهة لا يجوز الطعن فيها أمام محكمة النقض ولو مضى ميعاد استئنافها، ولأنها من جهة أخرى إذا استؤنفت فإنه يكون على محكمة الاستئناف أن تصدر فى الدعوى حكما جديداً، فإن بنت حكمها على الحكم الباطل (كأن كانت أيدته بأسبابه) رغم الدفع لديها بالبطلان أو تعلق هذا البطلان بالنظام العام، أو كان الاستئناف

(١) فقرة ١٣٤ من هذا الكتاب.
(٢) فاى فقرة ٦٩ ص ٩٥

قاصراً على طلب بطلان الحكم الابتدائى وقضت هى برفضه ، فإن حكمها هذا هو الذى يطعن فيه بالبطلان أو بمخالفة القانون على حسب الأحوال .

١٨٤ — والنصوص التى يترتب على مخالفتها بطلان الحكم هى النصوص الواردة فى لائحة ترتيب المحاكم الأهليـة المتعلقة بتأليف المحاكم وتحديد عدد من يباشر القضاء فيها و بنظام الجلسات ، وكذلك النصوص الواردة فى الباب الثالث والرابع من قانون المرافعات المتعلقة بنظام الجلسة ، وكيفية إصدار الحكم ، وتحرير ورقته وما يجب أن يشتمل عليه . وهاك بيانها موجزاً :

أولاً — يبطل حكم محكمة الاستئناف و يصح الطعن فيه بالنقض إذا لم تكن المحكمة مؤلفة تأليفاً مطابقاً لأحكام القانون ؛ كأن كان عدد قضاتها الذين أصدروا الحكم أقل أو أكثر من العدد الذى يجب أن تتألف منه ؛ أو كأن كان اشترك فى تأليفها من ليس له حق القضاء ، أو من كان تعين قاضياً بها ولم يحلف بعد اليمين ، أو كان قاضياً بمحكمة أخرى ولم ينتدب لهذه المحكمة بطريقة صحيحة ، أو كان قاضياً بنفس المحكمة ومنعه مانع قانونى[1] من نظر الدعوى مثل سبق اشتراكه فى نظر الدعوى أمام محكمة الدرجة الأولى و إبدائه فيها رأياً يقيده أمام محكمة الاستئناف .

وما أبطلنا الحكم فى هذه الصور عن نص وارد بالبطلان فى لائحة ترتيب المحاكم يحمى قواعد تشكيلها وأسس النظام فيها كما حماها فى القانون الفرنسى نص المادة السابعة من قانون ٢٠ أبريل سنة ١٨١٠ المتقدمة الذكر ، و إنما أبطلناه لخطورة هذه القواعد وظهور تعلقها بالنظام القضائى نفسه وضرورة حماية هذا النظام من العبث به بمخالفتها .

---

(١) تنبغى التفرقة بين قيام مانع بالقاضى يستوجب بطلان الحكم وقيام سبب من أسباب الرد به لا يبطله . ومن الموانع المبطلة للحكم فى فرنسا أن يكون القاضى قريباً أو صهراً لأحد الخصوم أو لأحد وكلاء الدعوى لغاية الدرجة الثالثة (المادتان ٣٨٦ و ٣٩٦ من قانون المرافعات الفرنسى) وانظر فاى فقرة ٧١ ص ٩٨ وهامش ١٥

ثانياً — كذلك يكون الحكم باطلاً إذا لم يشترك فى إصداره جميع القضاة الذين سبق لهم حضور الجلسة التى تمت فيها المرافعة فى الدعوى[(١)] ، أو إذا لم يحضروا تلاوة الحكم بجلسة علنية أو لم يوقعوا على مسودته قبل تلاوته إذا منعهم مانع من حضور هذه التلاوة[(٢)] . وهذا البطلان منصوص عليه فى المواد ١٠٠ و ١٠١ و١٠٢ من قانون المرافعات .

ثالثاً — كذلك يبطل الحكم إذا أصدرته المحكمة فى جلسة غير علنية[(٣)] . وعلنية جلسة النطق بالحكم لا تخضع للاستثناء الوارد على جلسات المرافعة المنصوص عليه فى المادة ٨١ مرافعات فى الأحوال التى تأمر المحكمة بإجراء المرافعة فيها سرا سواء أكان ذلك من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم محافظة على النظام العام أو مراعاة للآداب[(٤)] .

---

(١) فإذا تغير أحد القضاة الذين حصلت أمامهم المرافعة ، لسبب مثل الوفاة أو النقل أو الاحالة على المعاش أو الرد أو الامتناع ، وجب فتح باب المرافعة وإعادة الاجراءات أمام الهيئة الجديدة . وغالباً ما يكتفى لتحقيق غاية المشرع باعادة إبداء الطلبات الختامية من جانب الخصوم أمام الهيئة الجديدة . على أنه إذا كانت قد صدرت فى الدعوى أحكام تمهيدية أو تحضيرية أو أحكام قطعية فى مسائل فرعية قبل إجراء التعديل فى هيئة المحكمة ، فلا تعاد إلا الاجراءات التى حصلت بعد صدور آخر حكم منها ، اعتبارا بأن كل مسألة فرعية تثار أثناء الخصومة هى فى واقع الأمر قضية قائمة بذاتها تنتهى بصدور الحكم فيها (انظر جلاسون جـ ٣ فقرة ٧٣٨ وجارسونيه جـ ٣ فقرة ٦٣٢ — ٦٣٤)

(٢) ولما كان لا اعتبار للحكم قانوناً إلا إذا أصدر بالجلسة فعلا ، فانه يشترط لجواز التوقيع على مسودته ممن اشترك فى المداولة فيه أن يبقى متمكناً من العدول عن رأيه إلى وقت إصداره ، فاذا منع أيهم من ذلك مانع من وفاة أو إحالة على المعاش ، وجب فتح باب المرافعة . ولهذا عجل قضاة الدائرة المدنية بمحكمة النقض النطق بالأحكام فى القضايا التى انتهت المرافعة فيها وكانت مؤجلة لجلسة ٩ يناير سنة ١٩٣٦ فنطقوا بها يوم ٥ يناير سنة ١٩٣٦ وهو اليوم السابق لبلوغ رئيس المحكمة السن المقررة للاحالة على المعاش .

(٣) وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بكفاية ما جاء بصدر حكم مدنى من أنه صدر فى جلسة المحكمة المنعقدة يوم كذا ، فى اعتباره صادراً بالجلسة العلنية (حكم ٢٤ أكتوبر سنة ١٨٨٨ ، د ٨٩ — ١ — ٥٢)

(٤) راجع فى جواز النطق بالأحكام الصادرة بسلطة التصرف فى أودة المشورة فى جلسة غير علنية تقرير المستشار سينارت فى (د ٤٨ — ١ — ٧٦)

وليس يبطل الحكم تأخير النطق به عدة مرات ، ولا عدم تحديد يوم معين للنطق به بعد التقرير بإقفال باب المرافعة ، ولا النطق به فى غير اليوم المحدد له بعد إقفال باب المرافعة كذلك .

رابعاً — ويبطل الحكم أيضاً ألا يوقع رئيس المحكمة وكاتبها على نسخته الأصلية الشاملة لنصه وأسبابه وأسماء الخصوم وأسماء القضاة الذين حضروا جلسة المرافعة وأصدروا الحكم ، وأسماء الذين حضروا تلاوته بالجلسة (المادتان ١٠٤ و ١٠٥ من قانون المرافعات)

وهذا البطلان لم يقرره نص من نصوص قانون المرافعات ، وإنما قرره الفقه والقضاء ، استنباطاً له من إيجاب تدوين الحكم وحفظه ، على رئيس المحكمة وكاتبها ، واعتباراً بأن ورقة الحكم هى فى واقع الأمر إشهاد رئيس المحكمة وكاتبها على نفسيهما بما حصل النطق به فى الجلسة العلنية ، وهى إذ كانت ورقة شكلية رسمية فالواجب لوجودها ولتكون حجة بما ورد فيها أن تحتوى موضوعها وتوقيع من وثقها[1] .

خامساً — وكذلك يبطل الحكم ألا يكون مشتملا على الأسباب التى بنى عليها (المادة ١٠٣ مرافعات) .

وبطلان الحكم المترتب على صدوره من قضاة عددهم أقل من العدد الواجب تأليف المحكمة منه قانوناً ، أو من قضاة لم يسمعوا المرافعة فى الدعوى ، أو على صدور الحكم بجلسة غير علنية ، هو بطلان ماس بالنظام العام يجوز إبداؤه أمام

---

(١) أبو هيف فقرة ١٠٨٤ وتعليقات دالوز على المادة ١٤١ وفاى فقرة ٧٥ و٧٦ و٧٧ . وراجع فى التفرقة بين ما يبطل به الحكم وبين ما يجعله فى حكم العدم ومايترتب على هذه التفرقة من اعتبار الحكم الباطل صحيحاً إذا لم يطعن فيه أمام محكمة الالتماس أو أمام محكمة النقض على حسب الأحوال ، ومن اعتبار الحكم العدم لا وجود له بغير طعن فيه (جلاسون وتيسيه فقرة ٧٥٠ ، وموريل ج ٣ ص ٥٧ وهامش ٢ ثم فاى ص ١٠٢ وهامش ٥ وانظر ع . فى ٥ أبريل سنة ١٨٧٥ (د ٧٦ — ١ — ٢٩٦)

محكمة النقض فى المذكرات الكتابية وأثناء المرافعة الشفوية ولو لم يكن قد أبدى فى تقرير الطعن . ويصح للنيابة العامة أن تطلب الحكم به كما يصح للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها .

أما البطلان المترتب على خلو الحكم من أسبابه فلا تعلق له بالنظام العام ، ولذلك فعلى من يطعن به أن يبدى هذا الوجه فى تقرير الطعن وأن تكون له مصلحة فى نقض الحكم تسوغ إبطاله وإعادة القضية إلى محكمة الموضوع لتفصل فيها من جديد [١] .

مبحث فى تسبيب الأحكام

١٨٥ — ولما كان من المنتظر بعد إنشاء محكمة النقض أن تكثر الطعون المبنية على خلو الأحكام الانتهائية من الأسباب التى بنيت عليها ، كما كثرت من قبل أمام محكمة النقض الجنائية وأمام محكمة النقض الفرنسية ، وكانت المسائل الفقهية المتصلة بهذا الوجه من وجوه البطلان على غاية من الأهمية [٢] ، رأينا أن نعرض لأهمها بالبحث لنبين ما هو تسبيب الأحكام ، وكيف يكون ، وما الذى يجب تسبيبه منها ، وما هو خلو الحكم من الأسباب ، وهل هو عيب شكلى أم لا ، وما الذى يترتب فى النظر من النتائج على اعتباره كذلك ؟ فنقول :

ا — ما هو تسبيب الأحكام وكيف يكون ؟

وجوب التسبيب وحكمته

١٨٦ — تسبيب الأحكام واجب عندنا [٣] بالمادة ١٠٣ من قانون

---

(١) جارسونيه فقرة ٣٨٨ ص ٦٨٥ وراجع فقرة ١٣٨ من هذا الكتاب .

(٢) اقرأ منشور رئيس محكمة النقض الفرنسية الصادر فى ٨ مايو سنة ١٩١٤ الذى نشره على محاكم الاستئناف فى أهمية التسبيب وكيف يكون (د ١٩١٦ — ١ — ٨٩ و ٩٠) ثم منشوره فى ١٩٢١ (فبراجيت طبعة ثانية ص ٥٢١ و ٥٢٢)

(٣) وفى فرنسا بقانون ١٦ — ٢٤ أغسطس سنة ١٧٩٠ وبدساتيرها المتعددة =

المرافعات ونصها : « الأحكام التى تصدر عن المحاكم الابتدائية وعن محاكم الاستئناف يلزم أن تكون مشتملة على الأسباب التى بنيت عليها وإلا كانت لاغية »[١].

وتسبيب الحكم هو إيراد الحجج الواقعية والقانونية المبنى هو عليها والمنتجة هى[٢] له . ويقول فقهاء قانون المرافعات إن الشارع بإيجابه تسبيب الأحكام (على هذا المعنى) قد أراد أن يضمن عدم تحيز القضاة[٣] وشدة عنايتهم بتمحيص مزاعم الخصوم ووزن أدلتهم ودراسة جميع نقط النزاع الواقعية والقانونية دراسة كافية تمكنهم من استخلاص الحجج التى يبنون عليها آراءهم ، حتى لا يصدروا أحكامهم متأثرين بعاطفة عارضة أو شعور وقتى ، وحتى ينزل قضاؤهم فى قلوب الخصوم منزلة الاحترام والاطمئنان ، وحتى يتمكن هؤلاء الخصوم من مناقشة أسباب الأحكام عند التظلم منها إلى المحكمة العليا . وفى هذا المعنى قالت محكمة النقض المصرية فى حكم أصدرته فى ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣١ : « إن مقصود الشارع من تسبيب الأحكام هو تمكين الخصوم وغيرهم ممن حضروا جلسات المرافعة من مراقبة حسن سير العدالة وحمل القضاة على بذل الجهد فى تمحيص القضايا وإخراج أحكامهم فيها على وجه يدعو إلى الإقناع بأنهم قاموا بواجبهم من التحرى

= (على الأخص المادة ٢٠٨ من دستور سنة ٣) وبنص المادة ١٤١ من قانون المرافعات وبالمادة السابعة من قانون ٢٠ أبريل سنة ١٨١٠ (تيسيه جـ ٣ فقرة ٧٤٤ وفاى ٨٢ وجارسونيه جـ ٣ فقرة ٣٢٧) . وقد لاحظ جارسونيه أن المادة ١٤١ لا ترمى إلا إلى تسبيب أحكام المحاكم الابتدائية ، لكن القضاء جرى على تسبيب أحكام المحاكم التجارية وأحكام قضاة الصلح .

(١) وقد جرت العادة بتسبيب أحكام المحاكم الجزئية ، ولكن البحث فى وجوب تسبيبها قانوناً غير مجد عندنا ، لأن أحكام هذه المحاكم ، وأحكام المحاكم الابتدائية المؤيدة لها لا يجوز الطعن بوقوع البطلان فيها أمام محكمة النقض .

(٢) ن . ف ٢٢ مارس سنة ١٨٩٣ (س ٩٣ — ١ — ٣٥٣) و (د ٩٤ — ١ — ١٢٩ ، وتقرير المستشار روسيليه) واقرأ فى كيفية تسبيب الأحكام فصلا قيما لفبراجيت من ص ٥١٥ إلى ص ٥٤٢

(٣) سيمونيه فقرة ٢٠٦ ، و ن . ب ١٢ مايو ١٩٣٢ (باسكريزى بلچ ١ — ١٦٦)

والتمحيص والحكم بمقتضى القانون » ثم قالت « إن الشارع قد أكد وجوب تسبيب الأحكام على هذا الوجه بما مكن به خصوم الدعاوى من الطعن فيها بطريق النقض إذا بنيت على مخالفة للقانون أو خطأ فى تطبيقه أو فى تأويله ، أو إذا وقع فيها أو فى الإجراءات بطلان يبطلها ، وكذلك بما أخضعها لرقابة هذه المحكمة من ناحية القانون »[١].

عيوب التسبيب

١٨٧ — *نقص الأسباب* : ويجب أن يكون التسبيب جديا تواجه فيه المحكمة نقط النزاع الواقعية والقانونية[٢] ، لا تجهل منها شيئاً أو تسبب رأيها فيه بما يشبه الأسباب فى ظاهر الأمر ولا مقنع فيه ، كالأسباب التقريرية التى يعيد فيها القاضى « دعوى محل النزاع »[٣] بالتقرير « بثبوت المدعى أو نفيه » أو « صحة الدعوى أو قيامها على أساس صحيح » أو « عدم صحة الدفع » أو « فساده » أو بأسباب لا تعلق لها أصلا بالدعوى ، أو بأسباب مبهمة أو غامضة أو مجملة أو متخاذلة أو ناقصة أو متناقضة يمحو بعضها بعضاً ، فتعجز بذلك محكمة النقض عن القيام برقابة مخالفة القانون أو الخطأ فى تطبيقه أو فى تأويله . ويقول الفقه الفرنسى[٤] إن محكمة النقض لاحظت منذ تشكيلها أن المادة السابعة من قانون ٢٠ أبريل سنة ١٨١٠ تنص على أن أحكام محاكم الاستئناف التى لا تشتمل على أسباب تكون لاغية Serontdéclarés nuls les arrèts qui ne contiennet pas de motifs وأن ظاهر هذا النص يدل على أن خلو الحكم من الأسباب

(١) المحاماة س ١٢ رقم ١١٧ ص ٢١٨ ومج . س ٣٣ رقم ١٨٥ ص ٣٨١

(٢) ن . ف ٢٢ مارس سنة ١٨٩٣ (د ٩٤ — ١ — ١٢٩) وبه تقرير المستشار روسيليه و ن . ف ٨ يوليه سنة ١٩٠٧ (د ٩٠٨ — ١ — ٤٥١)

(٣) pétition de principe

(٤) فاى فقرة ١١٩

الخلو التام هو الذى يعيبه ، وأنه يكفى فى اعتبار الحكم صحيح الشكل من ناحية التسبيب أن تكون به أسباب أيا كانت ، كافية أم غير كافية ، صحيحة أم غير صحيحة . لاحظت ذلك ولاحظت أيضاً أنها إذا تقيدت بظاهر قانونها الذى يحتم عليها أن تكون مخالفة الحكم للقانون مخالفة صريحة ، فانها لا تستطيع التقرير بأن حكما ما قد خالف منطوقه القانون حتى ولو كانت أسبابه المبهمة أو المتخاذلة أو الناقصة لا تكفى لتبرير ما طبقه فى الدعوى من القواعد القانونية ، لأن الشك فى ذلك ينبغى تأويله لمصلحة الحكم . لاحظت محكمة النقض الفرنسية كل ذلك ، ثم رأت أن الأخذ بهذا الظاهر من القانون يغل يدها عن رقابة الأحكام المسببة تسبيباً ناقصاً ويعجزها عن الحكم عليها بأنها قد خالفت القانون أو أنها لم تخالفه ، لأنها لا تستطيع مع هذا التسبيب الناقص معرفة ما إذا كان قاضى الدعوى قد حكم فيها حكما مؤسساً على الوقائع أو مؤسساً على القانون « s'il a jugé en fait ou en droit[1] » وإذا كان حكمها مؤسساً على القانون ، فهل امتنع فى قضائه عن تطبيق القاعدة القانونية الواجبة التطبيق فى الدعوى ، أم أنه مع تطبيقه هذه القاعدة لم يعن بتبرير هذا التطبيق فى حكمه كما يجب — يقولون إن محكمة النقض الفرنسية لاحظت كل هذا وما إليه ، فلم تر أن تقف أمام هذه الأحكام المعيبة مغلولة اليد ، لا تستطيع إبطالها بعلة خلوها من الأسباب ولا الحكم بنقضها لظهور مخالفتها للقانون ، فبسطت عليها يد المراقبة وأخذت

---

(١) ومعنى كون القاضى قد قضى فى الدعوى قضاء مؤسساً على القانون أنه قد أسس حكمه على اعتبارات قانونية عامة يصح الاعتماد عليها فى الدعاوى المماثلة ، أما معنى كونه قد قضى فيها قضاء واقعيا فهو أنه أسس حكمه على مسائل الدعوى وظروفها فقط (سيمونيه فقرة ١٨٠ و ن . ب ٢٣ سبتمبر ١٩٢٦ ، باسكريزى ٩٢٧ — ١ — ٥٧ و ٩ يوليه ١٩٢٥ (باسكريزى ٢٥ — ١ — ٣٣٤) واقرأ فى تحقيق هذا المناط مرافعة الأفوكاتو العمومى مسداش السابقة لحكم ن . ب ٢٨ يوليه ١٨٨٢ (باسكريزى ٨٢ — ١ — ٢٧٦) ومرافعة الأفوكاتو العمومى دليبك السابقة لحكم ٢٧ يناير سنة ١٨٥١ (باسكريزى ٥١ — ١ — ١٩٤)

تبطلها ، أحياناً لخلوها من الأسباب وأحياناً أخرى لعدم قيامها على أساس قانونى défaut de base légale ، وستعرف هذا النوع الجديد من أوجه الطعن ، ما هو ؟ وما حكمه ؟ فى آخر هذا المبحث .

وفى هذا المعنى قالت محكمتنا المصرية فى حكمها المتقدم الذكر : « إن الشارع إذ أوجب بالمادة ١٠٣ من قانون المرافعات على المحاكم الابتدائية ومحاكم الاستئناف أن تكون أحكامها مشتملة على الأسبات التى بنيت عليها ، لم يكن قصده من ذلك استيام الأحكام من حيث الشكل كورقة من أوراق الإجراءات ، فيكتفى فيها بمطلق الأسباب ولو جاءت مبهمة تصح لكل حكم ، أو غامضة أو مجملة لا تقنع المطلع عليها بعدالتها » ثم قالت « ولهذا كان على القضاة أن يبينوا فى أحكامهم ما هى الدعوى وما الذى أجاب به المدعى عليه ، وطلبات الخصوم الأصلية والاحتياطية ، وسند كل منهم فيما ادعاه أو دفع به ، وأن يذكروا ما استخلصوا ثبوته من الوقائع ، وطريق هذا الثبوت ، وما الذى طبقوه من القواعد القانونية وسنده القانونى » ثم قالت « إن مراقبة محكمة النقض لا تؤتى ثمرها إلا إذا كانت الأحكام مشتملة على الأسباب الواضحة الكافية الكفيلة بالمقصود منها على نحو ما ذكر ، وإلا استطاع قاضى الموضوع أن يجهل طريق هذه الرقابة على محكمة النقض بما يكتفى به من أسباب مجملة أو غامضة أو ناقصة أو أسباب يخلط فيها بين ما يستقل هو بتحقيقه والحكم فيه من جهة الموضوع وبين ما تراقبه فيه محكمة النقض من ناحية القانون ، فتكون بذلك الأحكام المسببة خير تسبيب هى المعرضة لهذه الرقابة دون الأحكام الأخرى غير المسببة »(١) . وقالت فى حكم آخر « إذا كان لقاضى الموضوع السلطة التامة فى تحصيل فهم الواقع فى الدعوى من الأدلة المقدمة ، وفى وزن هذه الأدلة وتقديرها وترجيح بعضها على بعض ، فان خضوعه لرقابة محكمة النقض فى تكييف هذا الفهم بحكم القانون وفى تطبيق

(١) حكم ١٩ نوفبر سنة ١٩٣١ السابق ذكره .

ما ينبغى تطبيقه من أحكام القانون يحتم عليه أن يسبب حكمه التسبيب الكافى لتمكين محكمة النقض من إجراء هذه المراقبة ، فان قصر حكمه عن ذلك فعجزت محكمة النقض عن التقرير بنفى المدعى به من مخالفة القانون أو من الخطأ فى تطبيقه أو فى تأويله ، نقضت الحكم لخلوه من الأسباب الموضوعية أو لعدم قيامه على أساس قانونى[1] » .

١٨٨ — ومن تطبيقات محكمة النقض الفرنسية أنها أبطلت الحكم الصادر برفض طلب معين محدود إذا اكتفى فيه بالقول بأنه غير صحيح ولا أساس له[2] ؛ والحكم الصادر برفض دفوع المدعى عليه لأنها غير جدية[3] ؛ والحكم الذى يقرر فيه القاضى أن المدعى قد أثبت الملكية التى ادعاها ، بغير أن يبين فيه ما إذا كان دليل الملكية الذى اعتمده هو أصل العقد الناقل له أم كان صورة من هذا الأصل المسجل[4] ، والحكم الذى يصدر برفض دعوى المطالبة بسند لم يوقعه المدعى عليه وإنما وقعه آخر تحت عبارة « وكيل فلان » (الذى هو المدعى عليه) إذا لم تذكر فيه المحكمة إلا قولها إن المدعى لم يقدم سندا ما موقعاً عليه من خصمه ، ولم تبين ما إذا كان من وقعه كان وكيلا عن المدعى عليه أو لم يكن ، وإذا كان وكيلا فهل تجاوز حدود وكالته أم لم يتجاوزها[5] ؛ وكذلك أبطلت الحكم الصادر برفض الدفع بسبق الفصل فى الدعوى إذا ذكرت المحكمة فى أسبابه أنه تبين لها من الاطلاع على الحكم الفلانى أن النزاع الذى فصل فيه الحكم ليس هو النزاع

---

(١) حكم ٢٣ مارس سنة ١٩٣٣ (القانون والاقتصاد س٣ رقم١١٢ ص١٠٥ والمحاماة س ١٣ رقم ٥٤٦ ص ١٠٩٨) وانظر كذلك ن . م . م ٢٦ أبريل سنة ١٩٣٤ (القانون والاقتصاد س ٤ رقم ٤٢ و ٤٣ ص ١٣٠ والمحاماة س ١٤ رقم ١٧٣ و ١٧٤ ص ٤٢١ و ٤٢٣)

(٢) ٣ فبراير سنة ١٨٩٧ (د ٩٧ — ١ — ١٦٨)

(٣) ١٣ نوفمبر سنة ١٨٦١ (د ٦١ — ١ — ٤٨٨)

(٤) ٢٧ نوفمبر سنة ١٨٨٤ (د ٨٦ — ١ — ٧٩)

(٥) ٦ يوليه سنة ١٩٠٥ (د ٠٨ — ١ — ٢٥٦)

المطروح عليها الآن ، وكان الحكم الذى أشارت إليه هو غير الحكم الذى تمسك به صاحب الدفع [١] ؛ والحكم الصادر برفض دعوى التعويض المبنية على أن المؤسسين والمديرين لشركة مساهمة باطلة قد أخفوا عن المدعين عند شرائهم بعض أسهمها ما وقع فى تأسيس الشركة من الفساد الذى ترتب عليه بطلانها واحتالوا عليهم بوسائل غش لولاها ما اشتروا الأسهم بالثمن الذى اشتروا به ، إذا اكتفت المحكمة فيه بالقول بأن بطلان الشركة لم يكن هو سبب خسارة المدعين ولا سبب الضرر الذى لحقهم [٢] ؛ والحكم الصادر برفض الدعوى التى رفعتها زوجة تطلب بها إبطال الحجز المتوقع عليها هى دون زوجها وأسستها على أن العقار المحجوز عليه هو من عقارات الروكية الزوجية التى يحجز عليها فى مواجهة الزوج وحده ، إذا بنى هذا الحكم على أن الحاجز كان دائناً ممتازاً على العقار فكان له بهذه الصفة أن يوقع الحجز على العقار كله بغير قسمة ، ما دام هذا التسبيب لا يصلح ردا على دعواها [٣] ؛ والحكم فى الدعوى التى كان يتنازع فيها الخصمان بصدد وكالة ، أهى كانت فى مصلحة الوكيل أم فى مصلحة الموكل وكان يطالب كل منهما الحكم بطلباته بالتأسيس على وجهة نظره فى الوكالة ، إذا خلت أسبابه من فحص هذه المسألة الجوهرية [٤] ؛ والحكم الصادر برفض دعوى التعويض التى رفعها على صاحب المصنع عامل أصيب أثناء قيامه بعمله وأسسها على تسبيب صاحب المصنع فى الحادث الضار ، إذا جاء فى أسبابه أن هذا العامل لم يقدم للمحكمة عقد استئجاره للعمل الذى هو شرط ضرورى لاعتبار صاحب المصنع مسئولا عن المخاطر التى تصيب عمال مصنعه (طبقا لقانون ١٩ أبريل سنة ١٨٩٨) ، فى حين أن المدعى لم يبن دعواه على هذا القانون بل أقامها على أساس المسئولية

(١) ٨ مارس سنة ١٨٦٩ (د ٦٩ — ١ — ٢٠٢)
(٢) ١٩ فبراير سنة ١٨٨٩ (د ٩٠ — ١ — ١٦٩)
(٣) ١٣ يونيه سنة ١٨٩١ (د ٩٢ — ١ — ٣٥٠)
(٤) ١١ فبراير سنة ١٨٩١ (د ٩١ — ١ — ١٧٩)

التقصيرية [١] . كل هذه الأحكام وكثير غيرها يشبهها قد أبطلتها محكمة النقض لخلوها من الأسباب الجدية [٢]

وقضاء محكمتنا فيما يشبه هذا كثير : منه حكم ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣١ المتقدم الذكر فقد جاء به بعد إيراد ما سبق لنا ذكره ما نصه : « وحيث إن الحكم المطعون فيه قد اشتمل على ثلاث فقرات جاء فى الأولى منها : أن الاستئناف صحيح شكلا بالنسبة لمن أعلن لهم فى الميعاد إعلانا صحيحا ، وجاء فى الفقرة الثانية : أنه تبين للمحكمة من الاطلاع على صحيفة الدعوى أن رافعتها كيفتها بأن جميع من رفعت عليهم استولوا على منزل الوقف بطريق الاغتصاب واقتسموا أرضه بينهم وأقاموا عليها أربعة منازل ، وطلبت تثبيت ملكيتها للأرض جميعها ورفع يد المغتصبين وإلزامهم بأن يدفعوا لها بصفتها (كذا) بالتضامن ولما رفضت دعواها استأنفت الحكم وجددت هذه الطلبات ، وجاء فى الفقرة الثالثة : أنه بسبب التضامن وعدم قابلية الحق المتنازع فيه للتجزئة يكون حصول الاستئناف صحيحا بالنسبة لبعض الخصوم كافيا لاعتباره صحيحاً بالنسبة لباقى المتضامنين ويتعين رفض الدفعين وقبول الاستئناف شكلا » ثم قالت محكمة النقض « ومن حيث إنه ليس فى تلك الفقرة الثالثة التى ركزت المحكمة فيها أسباب الحكم إلا تقريرها عدم قابلية الحق المتنازع فيه للتجزئة وتضامن المستأنف عليهم فى رده والتعويض عنه ، وإلا تقريرها أنه بسبب هذين الأمرين يمكن اعتبار الاستئناف الصحيح المرفوع على بعض المستأنف عليهم صحيحا فى حق الطاعنين ، وإن لم يصح الاستئناف بالنسبة إليهم فى الواقع ونفس الأمر . ومن حيث إن هذا التقرير ينقصه سنده ودليله ومقدماته ، ويعجز محكمة النقض عن تناوله بالمراقبة من ناحية تطبيق القانون . ذلك لأنها لا ترى فيه كيف يكون الحق المتنازع عليه فى الدعوى غير قابل

(١) ٢٥ يوليه ١٩٠٤ (د ٥ ٠ ٩ — ١ — ٨٨)
(٢) تعليقات دالوز على المادة ١٤١ مرافعات من فقرة ١٤٧٤ لغاية ١٦٦٣

للتجزئة مع ادعاء الطاعنين أن موضوع هـذا الحق هو عين مادية قابلة للتجزئة فى نفسها وبالنسبة إليهم ، لأن كلا منهم واضع يده على جزء معين منها ويستند فى وضع يده إلى عقد قدمه صادر له من مملكه الذى أدخله ضامنا له فى الدعوى ، وكيف يكون المستأنف عليهم متضامنين برد العين المدعى غصبها مع أنهم زعموا أنهم لم يشتركوا فى غصب ، وأن كلا منهم اشترى ما هو فى يده من مملكه ، ومع أن المدعية تسلم بصدور هذه العقود المقدمة فى الدعوى وتحتج بأن مدة وضع يد كل منهم لم تبلغ المدة المكسبة للملكية بالتقادم . كذلك لم تر هذه المحكمة فى الحكم المطعون فيه كيف يكون المستأنف عليهم جميعاً متضامنين فى رد مبلغ كذا على أساس أن غصب العين هو فعل ضار يوجب ملزومية فاعليه بالتضامن طبقا للمادتين ١٥٠ و ١٥١ من القانون المدنى كما تدعى ناظرة الوقف ، مع احتمال أن يكون أساس ملزوميتهم عند وجوب الرد هو المادتين ١٤٥ و ١٤٦ من القانون المدنى ولا تضامن فيهما ، ولم تر فيه كذلك الخ .. » ثم خلصت من ذلك كله إلى القول بأن الحكم المطعون فيه لم يشتمل على الأسباب التى بنى عليها طبقا لنص المادة ١٠٣ من قانون المرافعات .

وفى قضية كانت محكمة الاستئناف حكمت فيها تمهيديا بتكليف المدعى باثبات العلاقة المباشرة التى زعم أنها كانت بينه وبين المدعى عليه وأسس عليها دعواه وصرحت لخصمه (الطاعن) بنفى هـذه العلاقة وكلفت الضامن باثبات أنه كان شريكا للمدعى ، ثم حكمت فى الموضوع بتأييد الحكم المستأنف ، بانية حكمها على أن التحقيق الذى أجرته تنفيذاً للحكم التمهيدى لم يسفر عن نتيجة حاسمة فيما يختص بوجود شركة بين الضامن والمدعى وكذلك لم ينف العلاقة الموجودة بين المدعى والطاعن — فى هذه القضية قالت محكمة النقض : « إن الحكم المطعون فيه — فوق قصوره عن بيان العناصر الواقعيـة لتلك العلاقة التى جعلها أساسا لتأييد الحكم المستأنف — قد قصر عن ذكر ثبوت هذه العلاقة قصوراً معيبا أصبحت

معه محكمة النقض لا تدرى أأخذت محكمة الاستئناف بمبدئها الذى صرحت به فى الحكم التمهيدى من أن المدعى هو المكلف باثبات العلاقة المباشرة التى ادعاها ثم حصلت هذا الإثبات من عناصر التحقيق الذى أجرته بنفسها وطوت ذكر هذا الإثبات فى ضميرها فلم تتحدث فى حكمها إلا عن نفى هذه العلاقة ، فيكون كل قصور الحكم أنه أهمل ذكر تحصيل هذا الاثبات وإيراد طرق تحصيله ، أم أن محكمة الاستئناف لما لم تر هذا التحقيق وافيا بتحصيل إثبات هذه العلاقة اعتبرتها قائمة موجودة من الأصل ، كما اعتبرت أن التحقيق لم يكن مطلوبا إلا لتمكين الطاعن من نفى هذه العلاقة وإثبات (سائر ما يزعمه دفعا للدعوى) فتكون عندئذ قد خالفت الحكم التمهيدى فيما قرره من جعل الاثبات على الطاعن . وهذا التخاذل فى الأسباب يعيب الحكم المطعون فيه . . . . » ثم قالت « إن محكمة الاستئناف لم تسبب الحكم المطعون فيه إلا بتلك الأسباب المتخاذلة ، ولم تفصح عما قدمه خصوم الدعوى من الأدلة فيها ولا عما قبلته أو اطرحته هى منها ، سواء أكان ذلك لعدم قبول الدليل قانونا أم لقصوره فى دلالته أم لرجحان غيره عليه فى تلك الدلالة ، وبالجملة لم تبين مم استخلصت رجحان ثبوت تلك العلاقة المباشرة . ولهذا يتعين قبول الطعن ونقض الحكم »[1] .

وقالت فى حكم ثالث : « إن اعتبار الحكمين الابتدائى والاستئنافى أن الدعوى مبنية على مخالفة الاتفاق المؤرخ . . . . (الذى نظم به الطرفان المتنافسان سير بواخرهما من دمياط على النيل) والقضاء فيها على هذا الأساس ، بعد أن اتضح مما لا حظته هذه المحكمة من أن سبب الدعوى هو تعسف رجال الادارة المخالف للقانون العام فقط — إن ما اعتبره الحكمان من ذلك يكون فى الدعوى المرفوعة اعتبارا لا سند له فى الواقع ولا فى القانون . وبما أنه يحتمل أن يكون لهذا الاعتبار سند قانونى مؤسس على عنصر موضوعى لم تذكره أى المحكمتين فى

(١) ٢٣ مارس سنة ١٩٣٣ المتقدم الذكر .

أسباب حكمها وقد لا يكون له سند ألبتة ، ومتى جاز هذا وذاك وأصبحت الدعوى التى بحثتها المحكمة وقضت فيها بما قضت غير الدعوى المرفوعة لها فى واقع الأمر ، فقد انكشف أن الأسباب التى بنت عليها محكمة الاستئناف حكمها الصادر فى الاختصاص وفى الموضوع ، إما أنها غير منتجة أو ناقصة . وهذا الابهام مما يعجز محكمة النقض عن مراقبة الخطأ المدعى به فى تطبيق القانون ، لأنها أصبحت لا تدرى معه أكان هناك وقائع عسف فقط مخالفة للقانون كما ادعى (المدعى الأصلى فى الدعوى) فيستحق عليها تعويضا ، أم أن هناك مخالفة فقط للاتفاق المؤرخ . . ولا شك أن لكل من هاتين الصورتين حكما قانونيا يخالف حكم الصورة الأخرى . وحيث إن محكمة الاستئناف لم تسبب حكمها المطعون فيه إلا بتلك الأسباب الناقصة ، فلذلك يتعين قبول الطعن ونقض الحكم »[١] .

ومن ذلك أيضا حكم أصدرته فى ١٠ مارس سنة ١٩٣٢[٢] قضت فيه بأنه إذا اختلفت صيغة التنازل الصادر من شخص بشروط معينة عن صيغة القبول الصادر من طرف آخر بلا قيد ولا شرط ، وحكمت المحكمة باعتبار هذا التنازل نهائيا ، فيجب أن تبين فى حكمها كيف تلاقى كل من الايجاب والقبول بين الطرفين تلاقيا محققا لغرض القانون ومؤديا إلى انعقاد الالتزام ، وإلا كان حكمها مبهما إبهاما يجعله كأنه غير مسبب .

وقد صاغت محكمتنا هذه القاعدة صياغة أخرى فقالت فى حكم أصدرته فى ٢٥ إبريل سنة ١٩٣٥ : لمحكمة النقض نقض الحكم المطعون فيه متى رأت فى بياناته نقصا جوهريا يستحيل معه أن تعرف الحقيقة الواقعية التى على معرفتها المدار فى

---

(١) ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٣٤ (مج . س ٣٦ عدد ١٥ ص ٤٠ والمحاماة س ١٥ ق ١ رقم ٨٢ ص ١٨٦)

(٢) ١٠ مارس سنة ١٩٣٢ (المحاماة س ١٢ رقم ٤٨١ ص ٩٦٤ ومج س ٣٣ عد ١٥٨ ص ٣١١)

تكييف الواقع و بيان ما ينطبق عليه من أحكام القانون[١]. وقالت فى حكم آخر أصدرته فى ١٢ ديسمبر سنة ١٩٣٥ : إذا أجملت محكمة الموضوع بعض العناصر الواقعية فى الدعوى فأعجزت محكمة النقض عن مراقبة تطبيق القانون فان حكمها يكون باطلا قانونا ، و إذن فاذا كانت فى معرض بيان ما إذا كان ورثة ناظر الوقف قد حصلوا فعلا من ريع المبانى التى أقامها مورثهم (مما لا حق لهم فيه) مبلغا يفى بحقوقهم (فى ريع مبان أخرى أقامها) قد أجملت وأبهمت بحيث لا يعلم من حكمها ماهو بالضبط حقيقة هذا الريع الذى حصلوه ولا حق لهم فيه وماهو حقيقة الريع وغير الريع مما لهم حق فيه قبل جهة الوقف ، فان هذا الابهام يجعل الحكم غير قائم على أساس قانونى و يتعين نقضه[٢].

١٨٩ — التناقض فى الأسباب[٣] : وقد تكون العلة فى خلو الحكم من الأسباب ما يقع فيها من التناقض بين بعضها و بعض فيتماحيان و يصبح الحكم ولا أسباب يقوم عليها فى واقع الأمر[٤] . ومن أمثلته : أن يحكم القاضى بإلزام المدعى عليه بتعويض عن حادث ضار تسبب فيه وأن يذكر فى بعض أسباب حكمه أنه كان على المدعى عليه أن يحتاط للأمر و يعد له عدته حتى يتفادى وقوع الحادث ، ثم يذكر فى الأسباب الأخر أن المدعى هو المسؤول وحده عما أصابه من الضرر[٥]. ومن أمثلته أيضاً أن تحكم محكمة الاستئناف بتأييد الحكم المستأنف فيما قضى به من بطلان بيع محل التجارة ، و بإلغائه فيما قضى به من إلزام البائع بالتضمينات ورفضها ، وأن تأخذ فى قضائها ببطلان البيع بأسباب الحكم

---

(١) ن . م . م ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٥ (القانون والاقتصاد س ٥ رقم ٥٦ ص ١٩٩ والمحاماة س ١٥ ق ١ رقم ٢١٩ ص ٤٢٨)

(٢) ١٢ ديسمبر سنة ١٩٣٥ (القانون والاقتصاد س ٦ رقم ١٥ ص ٦١)

(٣) يراد بالتناقض فى الأسباب هنا التناقض فى الأسباب الواقعية ، أما أنواع التناقض الأخرى فراجع فيها فبراجيت (طبعة ثانية) فقرة ٢١٠ و ٢١١ و ٢١٢ و ٢١٣ و ص ٥٢٨

(٤) المرجع السابق هامش ٢

(٥) ن . ف ٨ أغسطس سنة ١٨٩٣ (د ٩٤ — ١ — ٢١٤)

المستأنف التى جاء فيها أن البائع قد لبّس على المشترى حال محل التجارة فأفسد رضاه ولولا ما استعمله معه من الوسائل الاحتيالية لما كان المشترى اشترى منه ذلك المحل على حاله ، وأن تبنى قضاءها برفض طلب التعويض على القول بأنه قد ثبت لها من ظروف الدعوى وأحوالها أن المشترى كان على علم بحال محل التجارة ، و بأن ذلك الرواج الذى تأثر به إنما كان سببه الاشتغال بالتجارة فى بضاعة مغشوشة[1] .

ولا يكون التناقض فى أسباب الحكم مبطلاً له إلا إذا كان من شأنه أن يجعل الأسباب متهادمة متساقطة لا شىء فيها باقياً يمكن أن يعتبر قواماً لمنطوق الحكم[2] ، فإن لم يكن كذلك فلا يبطله . ومن الأمثلة حكم قضى برفض دعوى تعويض عن بضاعة أصابها تلف ترتب على غرق الباخرة التى شحنت فيها ، جاء فى أسبابه أن الغرق يجب اعتباره مترتبا على حادث قهرى و إن كانت المعاينة قد دلت على وجود ثقب صغير نفذ منه الماء إلى الباخرة ، متى كان ثابتا من هذه المعاينة أن الثقب piqure كان — لصغره وعدم استطاعة رؤيته من الخارج — لا يستطيع مهرة القلفطين كشفه ومعالجته قبل السفر[3] . وفى هذا المعنى قالت محكمتنا : لا يعيب الحكم أن يكون من عبارات أسبابه عبارة موهمة بوقوع تناقض بين الأسباب بعضها مع بعض ، ما دامت هذه العبارة لم يكن لها أثر فى نتيجة الحكم[4] .

---

(١) ن . ف ٢٥ يوليه سنة ١٩٠٤ (د ١٩٠٥ — ١ — ٢٨٨) ، و ن . ف . ٧ يناير سنة ١٨٩١ (د ٩١ — ١ — ٥١)

(٢) ن . م . م ٣٠ مايو سنة ١٩٣٥ (القانون والاقتصاد س ٥ رقم ٧٤ ص ٢٦٠ والمحاماة س ١٦ رقم ٥٨ ص ١٢٠)

(٣) ع . ف ١٠ نوفبر سنة ١٨٩٨ (د ٩٩ — ١ — ١١٧) وتعليقات دالوز من فقرة ١٥٠٧ إلى ١٥٢٨

(٤) ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٣ (القانون والاقتصاد س ٣ رقم ٩٣ ص٧٧ والمحاماة س١٣ رقم ٤٢٢ ص ٨٥٥)

وقد جرى قضاء محكمتنا الجنائية على ما سبق ذكره من عدم قبول الأسباب الظاهرية أو المبهمة أو المتناقضة بعضها مع بعض[١] .

ويعتبر الحكم كذلك خالياً من الأسباب إذا جاءت أسبابه مناقضة لمنطوقه مناقضة تامة ينتفى معها إمكان الملاءمة بينها وبينه . ومن أمثلته : الحكم الصادر برفض دعوى التعويض إذا صرحت المحكمة فى أسبابه بأن موت مورث المدعين قد نشأ وترتب على خروج القطار عن شريطه الحديدى واصطدامه به ، ثم قالت فى منطوقه إن هذا الموت لا يمكن اعتباره مترتباً مباشرة على ذلك الفعل الضار[٢] . وكذلك الحكم الذى جاء فى أسبابه أنه لا محل لبحث طلب المقاصة الذى قدمه المدين لانعدام المصلحة فيه ، ثم زيد مع ذلك فى منطوقه على مقدار المحكوم به ابتدائيا على المدين ما طلبه الدائن أمام محكمة الاستئناف[٣] .

٢ — ما يجب تسبيبه من الأحكام

١٩٠ — يجب تسبيب كل حكم قصدى أو ضمنى صدر بقبول أو برفض أى طلب قدم إلى المحكمة تقديما صحيحاً[٤] ، سواء أكان الطلب أصليا أم احتياطيا

(١) حكم ٨ نوفبر سنة ١٩٢٨ فى الأسباب العامة التى يمكن وضعها فى كل حكم ولا تحقق غرض الشارع من تسبيب الأحكام وحكم ٢٢ نوفبر سنة ١٩٢٨ فى التسبيب الظاهرى والأسباب المبهمة وحكم ٢٩ نوفبر سنة ١٩٢٨ فى تناقض الأسباب مع المنطوق وحكم ٢٥ أبريل سنة ١٩٢٩ فى أن إيراد التدليل فى الحكم على صورة مضطربة وذكر الوقائع مشوشة بعيدة عن الفهم يجعل الحكم معيباً وحكم ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٢٩ فى أن التناقض بين الأسباب لا يبطل الحكم إلا إذا تماحت وتعذر معرفة أيها المقصود للمحكمة والمنتج لما قضت به (مجموعة القواعد القانونية ج ١ رقم ٢٢ ، ٣٦ ، ٢٣٧ ، ٣٠٤)

(٢) ن . ف ١٠ ديسمبر سنة ١٩٠٦ (د ٨ ٠ ٩ — ٥ — ٦٢)

(٣) ن . ف ٢ فبراير سنة ١٨٩١ (د ٩١ — ١ — ١٩٨) والأحكام المشار إليها فى تعليقات دالوز فقرة ١٥٢٩ إلى ١٥٤٤

(٤) وينبغى التفرقة بين إغفال الفصل فى أحد الطلبات وإغفال إيراد أسباب الفصل فيه ، إذ فى الحالة الأولى يجوز التماس إعادة النظر بشروطه ، وفى الحالة الثانية يطعن فى الحكم بطريق النقض بشروطه .

أم فرعيا من المدعى أو من المدعى عليه أو من المتدخل فى الخصومة أو من المدخل فيها ، وسواء أكان الطلب[1] دفعاً أم دفع دفع ، وسواء أكان الدفع ابتدائيا يجب تقديمه قبل ما عداه أو قبل مواجهة الموضوع أم كان دفعاً بعدم قبول الدعوى أم دفعاً موضوعيا فيها . فإذا طالب إنسان آخر بدين مثلاً ، فأجاب المدعى عليه بأنه كان قاصراً حين الاستدانة وأن الدين مع ذلك سقط بالتقادم ، ثم أجاب الدائن على هـذا الدفع بأن الوصى قد أجاز الاستدانة والتزم وفاء الدين ، وأن المدعى عليه نفسه قد اعترف بالدين بعد ذلك بورقة أخرى قاطعة لمدة التقادم ، وأنكر المدعى عليه توقيعه على هذه الورقة فأجاب المدعى بأن هـذا الانكار غير جدى ، وقدم كل منهما فى ذلك طلباته وأدلته ، فإن الحكم الصادر بإلزام المدين بدفع الدين يجب أن تتناول أسبابه جميع هذه الدفوع ودفوع الدفوع ، وإلا اعتبر خالياً من الأسباب ونقضته محكمة النقض لهذا الخلو .

وإذا تعددت طلبات المدعى أو دفوع المدعى عليه ، اعتبر الحكم الصادر فى الدعوى متعدداً ووجب على القاضى أن يسبب حكمه فى كل منها بأسباب خاصة ، إلا إذا أمكن حمل بعض أجزائه على الأسباب الخاصة بالبعض الآخر ، وإلا كان الحكم باطلا بالنسبة للأجزاء الخالية من الأسباب[2] .

١٩١ — وعلى ذلك فالحكم الصادر بالدين وبرفض طلب الفائدة القانونية من يوم المطالبة الرسمية يجب تسبيبه فى كل من جزءيه بأسباب خاصة ، والحكم الصادر بالدين وبالفوائد — لا من وقت المطالبة الرسمية بل من يوم صدور الحكم المستأنف — يجب تسبيبه كذلك فى الأمرين[3] ، لعدم إمكان حمل الحكم الصادر برفض طلب الفوائد فى الصورة الأولى والحكم الصادر بها من يوم صدور

---

(١) لا نقصد بالطلب هنا الدعوى demande وإنما نقصد ما جرى التعبير عنـه بالطلبات الختامية conclusions .

(٢) راجع فى الباب كله تعليقات دالوز على المـادة ١٤١ من فقرة ٤٧٤ لغاية ٧٣١

(٣) ن . ف ١٩ ديسمبر ١٨٧٧ (د ٧٧ — ١ — ٢٩٥)

الحكم فى الصورة الثانية على الأسباب التى بنى عليها الحكم بأصل الدين . وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه إذا طعن خصم فى إجراءات خبير الدعوى وفى موضوع تقريره وكانت اعتراضاته على موضوع التقرير بعضها عام و بعضها خاص ببعض المسائل التى بحثها الخبير ، وطلب من المحكمة الحكم ببطلان تلك الأعمال وعدم الأخذ بالتقرير موضوعا ، وصدر الحكم برفض هذه الطلبات بغير أن تتضمن أسبابه الرد إلا على ما زعم الخصم من بطلان الإجراءات وعلى ما انتقد به تقرير الخبير من الوجهة العامة ، دون الاجابة على وجوه النقد الخاصة من هذا التقرير ، كان الحكم متعين النقض لخلوه من الأسباب(١) . وقضت كذلك بأنه إذا طلب المستأنف عليه الحكم بعدم قبول الاستئناف شكلا لرفعه بعد الميعاد ودفع المستأنف هذا الطلب بقوله إن الحكم المستأنف — من جهة — لم يعلن له فى المحل الواجب إعلانه فيه ، ومن جهة ثانية ، بأن لورقة إعلانه تاريخين إذا اعتبر أحدهما مبدأ احتساب الميعاد صح رفع الاستئناف فى ميعاده ، فان الحكم الذى يصدر بعدم قبول الاستئناف شكلا ، ولا تجيب المحكمة فيه إلا على الشق الثانى من دفع المستأنف يعتبر خالياً من الأسباب واجب النقض(٢) . وكذلك قضت بأنه إذا طلب أحدهم بطلان وصية لعدة أسباب يوجب كل منها البطلان ، ثم قضت المحكمة برفض الدعوى و بصحة الوصية ، فان الحكم يكون خالياً من الأسباب إذا كانت المحكمة لم تبحث فى أسبابه إلا بعض وجوه البطلان المدعاة فقط وسكتت عن الوجوه الأخر(٣) . وكذلك قضت بأن الحكم الذى يصدر بعدم قبول الاستئناف المرفوع عن حكم أصدره أحد قضاة الصلح فى قضية من

(١) ن . ف ٢٠ نوفبر سنة ١٨٥٤ (د ٥٥ — ١ — ٢٥٩)

(٢) ن . ف ١٧ مارس سنة ١٨٧٩ (د ٧٩ — ١ — ٤٦٧)

(٣) ن . ف ١٢ يوليه سنة ١٨٩٢ (د ٩٢ — ١ — ٤٥١) و ن . ف ٦ نوفبر سنة ١٨٨٧ (د ٨٧ — ١ — ٢٩٤) فى خلو الحكم من أسباب خاصة يجيب بها على وجه بطلان خاص أقيمت به وبوجوه أخر دعوى بطلان شركة من شركات المساهمة .

قضايا وضع اليد ، وتعتمد فيه محكمة الاستئناف على ما كان من اتفاق الخصمين على اعتبار حكم قاضى الصلح انتهائيا لا يستأنف . هذا الحكم يكون خاليا من الأسباب إذا كان قد سكت عن الرد على ما أجاب به المستأنف من أن الحكم المستأنف قد فصل فى الواقع فى مسألة اختصاص وفى مسألة ملكية لا تدخلان فى الاختصاص التحكيمى المتفق عليه[١] .

وبهذا أيضاً جرى قضاء محكمتنا المصرية . فمن ذلك حكمها الصادر فى أول ديسمبر سنة ١٩٣٢ الذى قررت به أن الدفع ببطلان عمل الخبير فى الدعوى لمباشرته العمل فيها قبل إعلان الحكم الصادر بندبه للمدعى عليه مع كونه حكماً غيابيا ، ولعدم توجيهه دعوة صحيحة إلى هذا المدعى ليحضر أمامه فى اليوم الذى حدده لمباشرة العمل ، ولعدم تقديم تقريره فى الوقت اللائق — هذا الدفع ليس من قبيل الحجج التى يدلى بها الخصوم ولا تكون المحكمة ملزمة حتما بذكرها والرد عليها فى حكمها ، بل هو من الدفوع التى يترتب على الأخذ بها أو رفضها القضاء ببطلان عمل الخبير أو بصحته . فمن الواجب على المحكمة ، تحقيقاً للغرض الذى يرمى إليه قانون المرافعات فى المادة ١٠٣ ، أن تبين فى حكمها الأسباب التى استندت إليها فى رفض هذا الدفع بياناً كافيا ، فإن هى لم تفعل كان حكمها باطلا بطلاناً جوهريا[٢] . ومن ذلك حكمها المؤرخ فى ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٢ الذى قررت به أنه إذا قضى الحكم بتعويض على شخص لعدم تقديمه عقد إجارة مودعا لديه إلى شريكه فى الاجارة ولم يبين وجه الضرر الذى لحق المحكوم له بالتعويض مع نفى المحكوم عليه لحوق أى ضرر به ، اعتبر هذا الحكم غير مسبب فيما أوجبه من التعويض ، وتعين نقضه[٣] ؛ وحكمها المؤرخ فى ٢٩ ديسمبر سنة

(١) ١٢ أبريل سنة ١٨٩٤ (د ٩٤ — ١ — ٢٤٠)

(٢) أول ديسمبر سنة ١٩٣٢ (القانون والاقتصاد سنة ٣ رقم ٧٤ ص ٥٦ والمحاماة س ١٣ رقم ٢٦٨ ص ٥٢٠)

(٣) ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٢ (القانون والاقتصاد سنة ٣ رقم ٧٩ ص ٦٤ والمحاماة س ١٣ رقم ٣٤٣ ص ٦٩٦)

١٩٣٢ الذى قررت به أنه إذا تعددت وجوه النزاع الناشئة عن عقد ، وكان لكل وجه منها فى ذلك العقد حكم خاص ، ورفضتها المحكمة جميعا مستندة إلى الحكم الوارد بشأن أحدها فى العقد ، فان قضاءها فى غيره يكون متعين النقض لخلوه من الأسباب التى بنى عليها[1] . وحكمها المؤرخ فى ١٢ يناير سنة ١٩٣٣ الذى قررت به أنه إذا طعن لدى المحكمة الاستئنافية على تقرير خبير بأنه قد خالف موجب حكم نهائى ، وكان كل ما دعمت به محكمة الاستئناف حكمها هو قولها إنها اطلعت على تقرير الخبير ومحاضر أعماله وتبينت صحة النتيجة التى وصل إليها ، وإن ما وجه إلى هذا التقرير من الاعتراضات ليس مما يضعف من صلاحيته ، كان هذا الحكم باطلا باعتباره خلوا من الأسباب وتعين نقضه[2] . وحكمها الصادر فى ٧ يونية سنة ١٩٣٤ الذى قررت به أنه إذا دفع لدى محكمة الاستئناف بأن المستأنف عليه لا يملك كل المنزل الذى يطالب بأجرته كلها وإنما له أن يطالب بأجرة حصته فقط ، فردت محكمة الاستئناف على هذا الدفع بأنه ثبت لديها من حكم صدر فى دعوى أخرى أن المستأنف عليه كان وكيلا عن باقى الشركاء وأنه كان هو المتولى تأجير المنزل ، كان حكمها منقوضا لأنه متى صح أن المنزل مملوك للمستأنف عليه ولورثة آخرين معه فلا يكون له أن يطالب إلا بنصيبه هو فى الأجرة فقط إلا إذا كان وكيلا عن باقى الورثة ، وفى هـذه الحالة ينبغى أن يبين أسماء موكليه ويقدم للمحكمة ما يثبت توكيله عنهم حتى تسير الدعوى معلوما فيها كل خصومها ويكون الحكم الذى يصدر حجة لهم أو عليهم ، وعدم اشتمال الحكم على ذلك البيان واقتصاره على رفض الدفع بعدم الصفة بعبارة مبهمة ، وعدم ذكره لاسم أحد فى ديباجة الحكم ولا فى منطوقه سوى اسم المستأنف عليه — كل هـذا النقص

---

(١) ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣٢ (القانون والاقتصاد سنة ٣ رقم ٨٥ ص ٦٨ والمحاماة س ١٣ رقم ٣٤٩ ص ٧٠٥)

(٢) ١٢ يناير سنة ١٩٣٣ (القانون والاقتصاد سنة ٣ رقم ٨٨ ص ٧١ والمحاماة س ١٣ رقم ٤١٧ ص ٨٤٧)

لا يدرى معه لمن صدر الحكم ، وهذا عيب جوهرى مبطل له[١] . وقضت فى حكم آخر بأن الخطأ والغش والتدليس هى عيوب تفسد الحساب ولا تجعله حجة على من أقره غافلاً عنها ولو كان بالغاً رشيداً ، فمن واجب القاضى إذا طعن لديه بعيب من هـذه العيوب أن يستمع للمطعن ويحققه متى قدم له من الشواهد ما يترجح معه لديه أنه مطعن جدى ، كما أن من واجبه عند رفضه تحقيق هـذا المطعن أن يبين العلل التى توجب هذا الرفض ، فإذا اعتمدت المحكمة الحساب بغير أن تحقق المطاعن الجوهرية الموجهة إليه الحاضرة أدلتها أمامها ، ولم تبين الأسباب التى دعتها لعدم الاعتداد بتلك المطاعن ، كان حكمها باطلا لخلوه من الأسباب[٢] . وكذلك قضت بأنه إذا دفع لدى محكمة الاستئناف بأن الحكم المستأنف قد خالف حجية حكم سابق تمسك به المستأنف فمن الواجب الرد على هذا الدفع سواء أكان الحكم الذى تمسك به المستأنف قد صدر تمهيديا صرفاً لا يحوز قوة الشىء المحكوم به أم كان له جانب قطعى اكتسب هـذه القوة النهائية بعدم استئنافه بعد إعلانه ، فإذا قضت محكمة الاستئناف بتأييد الحكم المستأنف فرفضت بذلك ضمناً الدفع بحجية الحكم السابق صدوره ولم تبين الأسباب التى اعتمدت عليها فى القضاء بهذا الرفض كان حكمها باطلا متعيناً نقضه[٣]

١٩٢ — ولا يعتبر الطلب (بالمعنى المتقدم الذكر) متعيناً على المحكمة أن تجيب عنه بأسباب خاصة ، إلا إذا قدم لها صريحاً معيناً محدداً على صورة الطلب الجازم تقديماً صحيحاً ، بإبدائه شفاهاً بالجلسة ، أو كتابة فى صحيفة افتتاح الدعوى أو فى مذكرة معلنة للخصم بشرط أن يبدى بعد ذلك بالجلسة . فإن كان طلباً

---

(١) ٧ يونيه سنة ١٩٣٤ (المحاماة س١٥ ق ١ رقم ٢٢ ص ٤٢ والقانون والاقتصاد س ٤ رقم ٥٨ ص ١٦٩)

(٢) ١٤ يونيه سنة ١٩٣٤ (المحاماة س ١٥ ق ١ رقم ٢٦ ص ٤٩ ومج . س ٣٥ رقم ١٨٨ ص ٤٧١)

(٣) ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٣٥ (القانون والاقتصاد س ٦ رقم ٢ ص ٦)

من الطلبات ، فعلى مقدمه أن يفصّل موضوعه ويذكر دليله ، وإن كان وجه دفاع[1] فعليه أن يبين المقصود منه والفائدة التى تعود عليه من ورائه ، إذ المحكمة ليست ملزمة بالرد على طلب مبهم ، أو وجه دفاع لا تظهر أهميته ، ولا على طلب غير متعلق بالدعوى ولا منتج فيها ، ولا على الطلبات التى قدمت بعد إقفال باب المرافعة ، أو التى ذكرت فى المذكرات ثم أهملت لدى المرافعة ، ولا على الأقوال التى لم تقدم بصيغة الطلب الجازم كقول الخصم « ومع ذلك أنا مستعد لتقديم البينة » أو « إن خصمى يجب عليه هو تقديم دفاتره » أو « إن العقد باطل شكلا وموضوعا » ، ولا على ما سكت الخصم عن إبداء أى طلب بخصوصه من طلبات

---

(١) المراد بأوجه الدفاع ما اصطلح على تسميته فى الفقه الفرنسى باسم (moyens) وهى كل ما كان سنداً ضروريا لطلب أو دفع مقدم من خصم . وهذه هى التى تجب الإجابة عليها بأسباب خاصة ، أما الحجج والأدلة فلم يوصوا بالإجابة عليها بأسباب خاصة (فاى فقرة ٨٨) وانظر ن . م . م ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣١ (المحاماة س ١٢ رقم ٣٠١ ص ٦٠٠) وقاعدته : ان قاضى الموضوع غير مكلف بأن يورد كل حجج الخصوم لتفنيدها ، بل هو حر فى ذكر الأسباب التى اعتمد عليها فى تكوين اعتقاده ، ولا رقابة لمحكمة النقض على حكمه متى كان مسبباً تسبيباً صحيحاً ، و ن . م . م ١٩ يناير سنة ١٩٣٣ (القانون والاقتصاد س ٣ رقم ٨٩) و ن . م . م ٣١ مايو سنة ١٩٣٤ (المحاماة س ١٥ ق ١ رقم ٨ ص ١٤) وقاعدته : بحسب قاضى الموضوع أن يبين الحقيقة التى اقتنع بها وأن يذكر دليلها ، وما عليه أن يتتبع الخصوم فى مناحى أقوالهم ومختلف حججهم وطلباتهم ويرد استقلالا على كل قول أو حجة أوطلب أثاروه فى مرافعتهم ، ما دام قيام الحقيقة التى اقتنع بها وأورد دليلها فيه التعليل الضمنى المسقط لتلك الأقوال والحجج والطلبات . وكذلك راجع حكم الدائرة الجنائية فى ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٨ الذى قالت فيه : ليس من الواجب على المحكمة فى التدليل على ما تراه الواقع أن تتعقب الدفاع فى كل شبهة يقيمها أو استنتاج يستنتجه من ظروف الواقعة أو أقوال الشهود ، وترد عليه شبهة شبهة واستنتاجا استنتاجا ، وحكمها فى ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٢٨ الذى قررت به أن محكمة الموضوع فى حل من أن لا تجيب على شىء من الدفاع سوى ما يكون من الطلبات الجوهرية المعينة ، وحكمها فى ١٧ يناير سنة ١٩٢٩ الذى قررت به أن المحكمة ليست ملزمة بالدوران مع الدفاع فى كل منحى ومسلك من مناحى أقواله ومسالكها ولا بالإجابة عن كل صغيرة وكبيرة من بياناته واستنتاجاته ، إلا ما كان طلباً معيناً صريحاً مأموراً قانوناً بإجابته أو رفضه رفضاً مسبباً (راجع هذه الأحكام تحت رقم ٥٠ و ٧٨ و ١١٥ من مجموعة القواعد القانونية جـ ١)

على أن التفرقة بين أوجه الدفاع والحجج هى فى واقع الأمر مسألة تقديرية .

خصمه ، ولا على الأقوال والحجج والبحوث والشواهد التى لم يخرجها صاحبها مخرج الطلب الجازم الذى يقرع سمع المحكمة ويقتضيها الإجابة عليه[1] . وإذا أورد الخصم واقعة واستقى منها حججه من غير أن يطلب الفصل فيها ، فليست المحكمة ملزمة (إذا نفت هذه الواقعة) بأن تأتى بأسباب خاصة لذلك[2] .

هذا ولئن كان يحسن وضع ما يهم كل خصم من مدعيات وأوجه دفاع فى الجزء الختامى المخصص عادة للطلبات من صحيفة افتتاح الدعوى أو من المذكرات[3] ، كأن يقول المدعى فى صورة القضية التى مثلنا بها فى صدر هذا الفصل « إننى أطلب من المحكمة أن تقرر أن وصى المدعى عليه قد أجاز استدانة محجوره فصح عقدها ، وإنه هو مع ذلك اعترف بصحة الدين بخطابه المؤرخ فى كذا فقطع بذلك مدة التقادم الذى ادعاه ، وأن تحكم بعد ذلك بإلزام المدعى عليه بالدين وبالمصاريف » — لئن كان يحسن إيراد المهم من المدعيات وأوجه الدفاع فى هذا الجزء الخاص بالطلبات ، إلا أن العبرة مع ذلك فى معرفة ما الطلب وما

---

(١) راجع فى تفصيل ذلك ما جاء بموسوعات الأحكام وتعليقات دالوز على المادة ١٤١ مرافعات فقرة ٧٨٥ وما بعدها . ومن الأمثلة : (١) من اقتصر على دفع الدعوى بالطعن فى صفة رافعها وحكمت المحكمة عليه برفض دفعه وبطلبات المدعى ، لا يجوز له أن يطعن فى الحكم الصادر فى موضوع الدعوى بخلوه من الأسباب ، ما دام هو قد سكت عن منازعة المدعى فى دعواه وحصر النزاع فى الدفع بعدم الصفة (ن . ف ١٠ مارس سنة ١٨٦٢ د ٦٢ — ١ — ٢١٩ وقد أشير إليه فى المرجع السابق فقرة ٨١١ . (٢) والحكم الصادر بتأييد الحكم المستأنف القاضى بإلزام المحكوم عليهم بالتضامن لا يعتبر خالياً من الأسباب فيما قضى به من هذا التضامن ، إذا كان المستأنف قد اقتصر على الطعن فى الحكم المستأنف من ناحية قضائه بالإلزام فقط ، ولم يطلب احتياطيا الحكم برفض طلب التضامن حتى كان يتعين على محكمة الاستئناف أن تجيب على هذا الطلب بأسباب خاصة (ع . ف ١٤ أغسطس سنة ١٨٧٢ د ٧٣ — ١ — ٤١٣ وأشير إليه فى المرجع السابق فقرة ٨١٠)

(٢) دالوز العملى جـ ٧ فقرة ٣٣٨ ص ٤٤٥

(٣) وقد أذاعت نقابة المحامين أمام محكمة النقض الفرنسية فى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٣ منشوراً على النقابات الأخرى لفتت فيه الأنظار إلى ما أوردناه فى المتن لدفع القول بجدة الأسباب المتعلقة بوجوه الدفاع عند الطعن بقصور الحكم المطعون فيه عن الإجابة عليها بأسباب خاصة (نشر فى ص ٤٤٦ من فيراجيت)

وجه الدفاع فيه هى بصيغة الطلب وأهميته ، لا بموضع ذكره فى صلب صحيفة الدعوى أو صلب المذكرات أو فى الجزء الختامى منها المخصص للطلبات كما قلنا .

١٩٣ — ولئن كان الأصل هو تسبيب كل جزء من الحكم بأسباب خاصة[(١)] تنتجه ، فيسبب جزء الحكم الصادر برفض الطلب الأصلى بأسباب خاصة ، وجزؤه الصادر بقبول الطلب الاحتياطى بأسباب أخر ، وجزؤه الصادر برفض الدفع بأسباب أخر كذلك ، إلا أنه كثيراً ما تقيم المحكمة حكمها فى جميع أجزاء الدعوى على أسباب عامة تصلح لكل منها ، وكثيراً ما تسبب أحكامها الصادرة فى بعض الطلبات ، وتترك ما قضت به فى الطلبات الأخرى محمولا على تلك الأسباب فينحمل عليها ، إما لأن الحكم بقبول أو برفض بعض الطلبات يقتضى الحكم بقبول أو برفض بعض آخر ، وإما لأن الحكم بقبول أو برفض بعض طلبات المدعى يقتضى الحكم برفض بعض الدفوع المقدمة من المدعى عليه أو قبولها ، وبالعكس .

فالحكم للمدعى بأصل حقه وبما تبعه أو التحق به من التوابع والملحقات ، أو برفض ذلك جميعاً ، يكفى فيه أن يكون مشتملا على الأسباب التى بنى عليها الحكم بقبول الطلب الأصلى أو برفضه ، ولا يصح الطعن عليه بأنه خلو من أسباب صريحة خاصة بالطلبات التابعة أو الملحقة . فحسب الحكم الصادر بإلزام المدعى عليه بالدين وبفوائده من وقت المطالبة الرسمية وبالمصاريف أن يكون

(١) راجع فى الفوائد والتجمد منها ع . ف ٤ يونيه سنة ١٨٩٠ (د ٩١ — ١ — ٣٩١) و ن . ف ٩ يوليه سنة ١٩٠١ (د ٩٠٢ — ١ — ٣٥) وفى المصاريف الأحكام الكثيرة المنوه عنها فى تعليقات دالوز على المادة ١٤١ من قانون المرافعات (فقرة ١٨١٦ وما بعدها) . وفى التضمينات ن . ف ٢١ مايو سنة ١٨٨٣ (د ٨٤ — ١ — ٨٠) وفى الطلبات التابعة تعليقات دالوز من فقرة ١٧٩٤ إلى ١٨٣٨

وهناك أحكام لا حاجة لتسبيبها ، كالأحكام الصادرة بالتحقيق من تلقاء نفس المحكمة أو الأحكام الملزمة من خسر الدعوى بمصاريفها . أما الأحكام التى تأخذ فيها المحكمة بسلطتها التقديرية فى تطبيق القانون ، ففى وجوب تسبيبها خلاف (جارسونيه ٣ ص ٣٢٨و٣٢٩) ، وراجع ما قلناه فى الفصل المعقود للسلطة التقديرية .

مسبباً فى خصوص أصل الإلزام بالدين ، ليقام على أسبابه الحكم بالفوائد والمصاريف . وحسب الحكم الصادر برفض طلب تثبيت الملك ورد ثمراته أن يبين كيف نفى الملك عن المدعى ، ليدل الحكم على أنه غير مستحق لثمراته . وحسب الحكم الصادر برفض الدعوى التى طلب فيها فسخ العقد وإلزام المدعى عليه بالتضمينات المترتبة على الفسخ أن تبين المحكمة لِمَ لَمْ تفسخ العقد لتحمل عليه صحة الحكم برفض طلب التضمينات . وظاهر أن هذا لا يستقيم إلا فى صورة ما إذا لم يبد المدعى عليه نزاعا فى أصل الإلزام بهذه الملحقات ، فان نازع وجبت الإجابة على هذه المنازعة فى الحكم بأسباب خاصة . فمن طلب الحكم بإلزام خصمه بدين وبفوائد هذا الدين من يوم المطالبة الرسمية ، وقضت له المحكمة بالدين وبالفوائد من تاريخ الحكم ، ولم تسبب حكمها الخاص بالفوائد بأسباب خاصة ، يجوز له أن يطعن فى الحكم بهذا الخلو من الأسباب . ومن حكم له بطلباته وألزم مع ذلك بمصاريف الدعوى يجب أن يبين له الحكم لم ألزم بالمصاريف ، وإلا كان باطلا لخلوه من الأسباب[1] . وإذا حكم على مستأنفين بعدم قبول استئنافهم وبالزامهم بالمصاريف متضامنين ، بغير أن تبين المحكمة وجه إلزامهم بالتضامن ، اعتبر الحكم من هذه الناحية خاليا من الأسباب متعين النقض[2] . والحكم الصادر بطلبات المدعى الأصلية ، إذا اشتمل على الأسباب الواقعية والقانونية التى اعتمدت عليها المحكمة فى حسم جوهر النزاع ، لا يطعن عليه بخلوه من الأسباب إذا هو لم يجب بأسباب خاصة على ما قضى به ضمناً من رفض ما كان له من طلبات تابعة أو ملحقة أو احتياطية[3] . والحكم الذى يقرر فيه القاضى بأن الاتفاق موضوع النزاع غير مشروع ومخالف للآداب ، ويذكر

(١) راجع ن . ف ٢٢ يوليه سنة ١٨١٦ وقد نوه عنه ربرتوار دالوز فى فقرة ١٠٤٩ تحت كلمة « حكم » .

(٢) ن . ف ٥ يناير سنة ١٨٨١ (د ٨١ — ١ — ١٢٩و١٣٣)

(٣) ع . ف ١٥ مايو سنة ١٨٧٦ (د ٧٦ — ١ — ٤٣٦)

الأسباب التى بنى عليها رأيه فى هذا التقرير ، لا يعتبر خالياً من الأسباب إذا هو لم يجب بأسباب خاصة على طلب رد المدفوع بغير حق على مقتضى هذا الاتفاق[١] . والحكم الذى ذكر فى أسبابه أن العقد المتنازع فيه لم يكن هبة وإنما كان فى واقع الأمر اعترافاً بدين حقيق ، يعتبر مسبباً فيما قضى ضمناً برفض طلب اعتبار الهبة هبة مستورة[٢] . والحكم الذى ينص فى أسبابه على أن المدعى عليه قد قبض ما طولب برده على علم بأنه لا حق له فى قبضه ، ويقضى فى منطوقه بإلزامه بالرد مع الفوائد ، يعتبر أنه قد قضى عليه بهذه الفوائد لأنه كان سيء النية[٣] . ولو ادعى الشفيع أن الثمن المبين بالعقد صورى وأنه قد أفحش فيه وطلب تحقيق الصورية بالبينة وندب خبير لتقدير الثمن ، ثم قررت المحكمة أن الثمن لم يكن صوريا للأسباب التى ذكرتها فى الحكم وأنه ينبغى الأخذ بالثمن الوارد بالعقد ، وقضت فى موضوع الشفعة ، كان حكمها متضمناً رفض طلب التحقيق وطلب ندب الخبير وأغنت أسبابه عن تسبيب الحكم الضمنى بأسباب خاصة فى صدد هذين الطلبين . والحكم القصدى الصادر فى دعوى تعويض أقيمت على مدعى عليهم ، أدخل بعضهم بعضا آخر ضامناً له فيها ونافياً عن نفسه المسئولية وملقياً بها على عاتق من أدخله ، يعتبر أنه قضى بينهم برفض طلب الضمان الذى وجهه بعضهم على بعض ، إذا هو قضى بالزام كل منهم بقدر معين من التضمينات المطلوبة ، ويكفى فى تسبيبه أن يبين الحكم وجه مسئوليتهم جميعاً ونصيب كل منهم فى المسئولية .

وقد تكفى الأسباب التى يبنى عليها الحكم فى صدد طلب من طلبات المدعى أو من طلبات المدعى عليه لحمل الحكم الضمنى برفض دفاع خصمه أو دفاعه ، وبالعكس . فاذا ادعى المدعى عليه أن الحادث الذى أسند إليه التسبب فيه هو حادث قهرى ، وحكمت المحكمة عليه بالضمان وبينت من ظروف الدعوى ما يدل

(١) ع . ف ١٧ مايوسنة ١٨٤١ (ربرتوار دالوز تحت كلمة « حكم » فقرة ١٠٥٢)
(٢) ع . ف ٢٥ يوليه سنة ١٨٧٦ (د ٧٨ — ١ — ٢٣)
(٣) ع . ف ٥ أبريل سنة ١٨٨٠ (د ٨١ — ١ — ٣)

على مسئوليته عن هذا الحادث ، كفاها هذا التسبيب عن النص بأن الحادث غير قهرى وأن دفاع المدعى عليه فيه غير صحيح[١] . و إذا قالت المحكمة فى أسباب حكمها إن وضع اليد كان مستوفياً شرائطه القانونية ، تكون بذلك قد سببت حكمها الصادر ضمناً برفض ما دفع به المدعى عليه من أن وضع اليد لم يكن بنية التمليك[٢] . و بحسب المحكمة ، إذا قررت فى حكمها أن الحق الذى احتفظ به البائع على العقار المبيع إنما هو حق ارتفاق عينى ، أن تسببه التسبيب المنبئ عن طبيعة هذا الحق المتنازع فيه ، ليصلح لحمل الحكم الضمنى برفض الطلبات المتعلقة بأن الحق لا يصح التنازل عنه ولا تأجيره[٣] .

ومما قضت به محكمتنا المصرية فى ذلك حكمها الصادر فى ٣٠ يونيه سنة ١٩٣٢[٤] الذى قررت به أن حسب محكمة الاستئناف ، إذا أصدرت حكمها بتأييد الحكم المستأنف وقضت ضمناً برفض طلب المستأنف وقف الدعوى لوفاة أحد المستأنف عليهم ، أن يتضح من بيانات الحكم أنها رفضت هذا الطلب لظهور حصول هذه الوفاة بعد إقفال باب المرافعة وتأجيل النطق بالحكم . ومنه حكمها الصادر فى ٢ يونيه سنة ١٩٣٢ الذى قضت به أنه إذا قدم دفع إلى محكمة الموضوع فلم تتعرض له صراحة فى حكمها ، ولكن كان يستفاد من بيانات هذا الحكم أن المحكمة قضت ضمناً برفضه ، فإنه لا يعاب على الحكم عدم تعرضه للفصل فى الدفع . فإذا دفع مثلا بسقوط حكم مرسى مزاد بمضى المدة ، ولم تتكلم المحكمة عن هذا الدفع صراحة ولكنها أفاضت فى بيان أن الحكم ما زال قائماً منتجاً أثره وأخذت بهذا النظر ، كان فى ذلك الكفاية[٥] .

---

(١) ن . ف ١٩ أغسطس سنة ١٨٧٢ (د ٧٢ — ١ — ٣٩٧)

(٢) ع . ف ٣ يونيه سنة ١٨٦١ (د ٦١ — ١ — ٣٣٧)

(٣) ع . ف ٦ يوليه سنة ١٨٧٤ (د ٧٥ — ١ — ٣٧٢) وتعليقات دالوز على المادة ١٤١ فقرة ١٩٢٠ إلى ١٩٦٥

(٤) المحاماة س ١٣ رقم ١٣٤ ص ٢٧٨ والقانون والاقتصاد س ٣ رقم ٥٩ ص ٤٤

(٥) المحاماة س ١٣ رقم ٦٠ ص ١٥٢ والقانون والاقتصاد س ٣ رقم ٥٢ ص ٣٨

وكذلك قد تكون أسباب الحكم الصادر فى الدعوى الأصلية أسباباً للحكم الصادر فى الدعوى الفرعية ، وبالعكس . فقد يطلب المستأنف إلغاء الحكم المستأنف ويطلب المستأنف عليه تأييد الحكم المستأنف وإلزام خصمه بأن يدفع له تعويضا على إجراءات المرافعة الكيدية التي سار فيها معه ، فإذا قضت المحكمة بتأييد الحكم المستأنف وبالزام المستأنف بالتعويض وبينت سيرته فى دعواه ، كفاها هذا البيان عن إيراد أسباب صريحة خاصة بتلك الدعوى الفرعية . وإذا أقام المدعى عليه فى دعوى منع التعرض دعوى أخرى على المدعى طلب فيها الحكم بمنع تعرض المدعى الأصلى له هو ، وحكم بمنع تعرض هذا المدعى الأصلى وبنى الحكم على أن المدعى عليه هو الذى يجب احترام يده ، كان الحكم حكما فى الدعويين وكانت أسبابه كافية فيهما كذلك[1] .

١٩٤ — والأصل أن يكون كل حكم مستوفيا بذاته جميع أسبابه ، وألا تصح الإحالة فى تسبيبه على ما جاء بورقة أخرى أو بحكم آخر[2] . لكن الفقه والقضاء الفرنسيين قد أجازا تسبيب الحكم بالإحالة على أسباب حكم آخر سبق صدوره فى الدعوى بين الخصوم أنفسهم[3] . ولا مانع عندنا من القول بجواز ذلك ، بشرط أن يشار إلى الحكم المحال عليه بما يحدده ويعين تاريخه وموضوعه وبشرط أن تكون أسبابه كافية وصحيحة ومنتجة له وصالحة كذلك لإقامة الحكم الذى أحال عليه[4] . وقد قضى بكفاية أسباب حكم صدر ببطلان عقد بيع ادعى المشترى أنه قد غش فيه ، وكان كل ما جاء فيه أن وقائع الغش السابقة للشراء والمقارنة له كلها ثابتة فى الدعوى من حكم محكمة الجنح الاستئنافية السابق

(١) ن . ف ١٨ أبريل سنة ١٨٩٣ (د ٩٣ — ١ — ٣٥) والأحكام التى أشير إليها بتعليقات دالوز على المادة ١٤١ من فقرة ١٩٢٠ إلى ١٩٦٥

(٢) تعليقات دالوز على المادة ١٤١ فقرة ٢٠٢٠ وما بعدها .

(٣) ن . ف ٢٩ يوليه سنة ١٨٩٧ (د ٩٨ — ١ — ١٣٥) و ٢٦ أبريل سنة ١٩٠٤ (د ٠٤ — ١ — ٣٣١) و ٣ ديسمبر سنة ١٩٠٧ (د ٠٨ — ١ — ٤٠)

(٤) تعليقات دالوز على المادة ١٤١ ابتداء من فقرة ٢٠٢٧

صدوره بين الخصوم أنفسهم فى هذا الشأن [١] .

كذلك يصح للقاضى أن يكتفى فى تسبيب حكمه بإيراد النتائج التى يكون خبير الدعوى قد اعتمد عليها فى تقريره [٢] المقدم للمحكمة ، وإنما يكون عليه عندئذ أن يبين فى الحكم أنه اتخذ أسباب التقرير أسباباً لحكمه ، وأن يكون الخبير قد سبب تقريره وأجاب على مزاعم الخصوم المبينة فى مذكراتهم ، فإن لم يكن تقرير الخبير نفسه مسبباً على هذا النحو فإن الحكم يقع باطلا لخلوه من الأسباب [٣] .

وقد قالت فى ذلك محكمة النقض المصرية : « إنه إذا كان الأصل أن يكون كل حكم مستوفياً بذاته جميع أسبابه ، إلا أنه لا مانع قانوناً يمنع المحكمة عند وضع حكمها من أن تعتمد فيه على الأسباب المدونة فيما يكون قد صدر من قبل بين الخصوم أنفسهم فى ذات الدعوى من الأحكام ، وعلى الأسباب المدونة فى تقارير الخبراء التى تكون قد قدمت بها . وهذا كله مشروط بشرط واحد هو أن تشير المحكمة إلى اعتمادها لتلك الأسباب وأخذها بها . إذ فى هذه الحالة يصبح ما اعتمد عليه الحكم من تلك الأسباب المدونة فى ورقته وفى ذلك الجزء المتمم له فيها الكفاية لتحقق معنى التسبيب قانوناً . على أن مثل هذه الصورة لو عرضت فالطاعن فى الحكم ملزم بأن يقدم لمحكمة النقض مع صورة الحكم نفسها صورا رسمية من الأحكام وتقارير الخبراء التى يكون الحكم أشار إليها واعتمد على ما بها — يلزمه ذلك حتى تستطيع محكمة النقض أن تنظر فى أحقيته فى ظلامته وعدم أحقيته فيها » [٤] .

---

(١) ن . ف ١٥ مارس سنة ١٨٣٦ منوه عنه فى ربرتوار دالوز بفقرة ١٥٠٠ تحت كلمة « بيع » .

(٢) تعليقات دالوز على المادة ١٤١ ابتداء من فقرة ٢٠٤٤

(٣) المرجع السابق من فقرة ٢٠٦٩ وفاى ص ١١٣

(٤) ن . م ٣١ يناير سنة ١٩٣٥ (القانون والاقتصاد س٥ رقم ٢٦ ص١٠٣ ومج . س ٣٦ عدد ٦٦ ص ١٦٧)

١٩٥ — وقد أجاز الفقه المصرى وقضاؤه ، كما أجاز الفقه الفرنسى وقضاؤه ، لقضاة محاكم الاستئناف — إذا أيدوا حكما ابتدائيا — أن يستندوا إلى الأسباب التى بنى عليها الحكم المستأنف ، بشرط أن يذكروا صراحة أنهم أخذوا بتلك الأسباب . فإذا قالوا إن محكمة الدرجة الأولى قد أصابت الحق فى حكمها المستأنف أو أصابت الحق برفض دعوى المستأنف أو إن المستأنف لم يقدم سبباً صحيحاً يدعو لإلغاء الحكم المستأنف ، كفاهم ذلك فى اعتبار حكمهم مسببا بنفس أسباب الحكم المستأنف[1] . فإن لم يصرحوا بذلك واقتصر حكمهم على منطوقه اعتبر الحكم خالياً من الأسباب بغير شبهة[2] .

ولا تعتبر أسباب الحكم المستأنف كافية لاعتبار الحكم الاستئنافى المؤيد له مسبباً قانوناً إلا إذا كانت هذه الأسباب كافية لحمل الحكم المستأنف ، ولم يكن الخصوم قد استندوا لدى محكمة الاستئناف إلى أوجه دفاع جديدة تخرج فى جوهرها عما قدموه أمام محكمة الدرجة الأولى . فان كان لهم من ذلك شىء وقدموه لهذه المحكمة تقديماً صحيحاً على ما سبق شرحه ، تعين عليها أن تجيب عليه صراحة أو ضمناً ، وإلا كان حكمها خالياً من الأسباب[3] . فالحكم الاستئنافى الذى يصدر بتأييد الحكم الابتدائى القاضى بإلزام المحكوم عليه بأن يدفع لخصمه مبلغاً من النقود وفوائده من تاريخ سند الدين يعتبر خالياً من الأسباب إذا لم يجب على ما طلبه المستأنف احتياطيا من عدم الحكم عليه إلا بفوائد الخمس السنوات السابقة لرفع الدعوى[4] . وإذا نازع المستأنف أمام محكمة الاستئناف فى الدين

(١) تعليقات دالوز على المادة ١٤١ من فقرة ٢٠٨١ لغاية ٢١٠٦

(٢) المرجع السابق من فقرة ٢١٠٧ — أما الأحكام الصادرة برفض المعارضة وتأييد الحكم الغيابى ، ففى رأى أنها تقع صحيحة ولو اقتصر منطوقها على التأييد وخلت هى من الأسباب (المرجع السابق من فقرة ٢١٢٤ إلى ٢١٢٩) وفى رأى أنها تقع باطلة فقرة ٢١٣٠ و٢١٣١

(٣) المرجع السابق من ٢١٨٠ إلى ٢١٩٦

(٤) ن . ف ١١ يوليه سنة ١٨٥٣ (د ٥٣ — ١ — ٢٨١) و ن . ف ١٥ يونيه سنة ١٨٩٢ (د ٩٢ — ٥ — ٤١)

الذى حكم عليه به بناء على عدم منازعته فيه ، وأيدت هذه المحكمة ذلك الحكم المستأنف أخذاً بأسبابه ، كان حكمها باطلا لقصور أسبابه[١] . وكذلك يعتبر الحكم الاستئنافى خالياً من الأسباب ، على الرغم من أخذه فى تأييد الحكم المستأنف بأسبابه ، إذا تمسك المستأنف بوضع اليد المدة الطويلة وطلب إحالة القضية على التحقيق لإثبات وضعه يده بالبينة[٢] . و إذا صدر الحكم المستأنف باعتبار مرتهن المنقول مالكا له و بمقاصة الراهن فى ثمنه بقدر دينه ، وأبدى الراهن أمام محكمة الاستئناف أن الرهن تجارى لا يصح فيه توكيل المرتهن ببيع العين المرهونة من نفسه أو من الغير وأنه كان يجب على المرتهن أن يسعى فى بيعها بالإجراءات المبينة بقانون التجارة ، وجب على محكمة الاستئناف إذا أيدت الحكم المستأنف أن تجيب على هذا الدفاع الجديد بأسباب خاصة[٣] . وقد حكمت محكمتنا المصرية بأنه إذا عرض المدعى على محكمة الدرجة الثانية طلباً جديدا قائما على أساس تملكه للأرض المتنازع عليها بطريق الشراء ، ودلل على ذلك بمستندات قدمها لأول مرة لتلك المحكمة ، وثبت أن دفاعه أمام محكمة الدرجة الأولى كان قاصراً على التملك بوضع اليد المدة الطويلة ، كان الواجب على محكمة الاستئناف أن تفحص الدعوى على أساس الطلب الجديد وأن تبين فى حكمها رأيها فى تقدير قيمة المستندات التى قدمها لها المدعى تأييداً لدعواه ، فإذا هى اقتصرت على تأييد الحكم المستأنف لأسبابه التى بنى عليها كان حكمها معيباً لقصوره عن تحقيق الغرض الذى ترمى إليه المادة ١٠٣ مرافعات وتعين نقضه[٤] . وقررت فى حكم آخر أنه فى دعوى التعويض عن تعطيل المستأجرين من الانتفاع بالأرض المؤجرة إذا دفع المؤجر أمام محكمة الاستئناف بأن طالب التعويض قد أجر العين من باطنه

---

(١) ن . ف ٢٩ يوليه ١٨٨٥ (د ٨٧ — ٥ — ٢٠٢)

(٢) ن . ف ٣ ديسمبر سنة ١٨٣٥ (ربرتوار دالوز تحت كلمة حكم فقرة ٩٨٨)

(٣) ن . ف ١٤ مارس سنة ١٨٧٠ (د ٨٧ — ١ — ٢٢٢)

(٤) ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٣ (القانون والاقتصاد س ٣ رقم ١٠١ ص ٩٤)

إلى آخر وحصل على جزء من قيمة الإيجار واستصدر حكما بالباقى وقدم المؤجر الأوراق الدالة على ذلك ، فلا بد للمحكمة من أن تقول كلمتها فى هـذا الدفع وإلا كان حكمها باطلا[١] .

على أنه إذا كان الطلب أو وجه الدفاع المقدم لمحكمة الاستئناف ليس إلا صورة جديدة لما كان أبدى أمام محكمة الدرجة الأولى ، وكان لا يخرج فى جوهره عما بحثه الحكم المستأنف ، فإنه يجوز لمحكمة الاستئناف — إذا اعتزمت تأييد الحكم المستأنف — أن تأخذ بأسبابه وتكتفى بها[٢] . وقد حكمت محكمة النقض المصرية بأنه إذا رأت محكمة الاستئناف — عند تأييدها الحكم المستأنف — أن الأسباب التى حمل عليها هذا الحكم وافية وصالحة لرفض طلبات المستأنف الاحتياطية المتعلقة بأدلة الثبوت والنفى السابق طلبها أمام محكمة الدرجة الأولى ، فلا تثريب عليها إذا هى اكتفت بما جاء بالحكم المستأنف من أسباب[٣] .

وقضت محكمة النقض الفرنسية بأنه إذا رأت محكمة الاستئناف صحة الحكم المستأنف القاضى برفض طلب سماع البينة على ما ادعى به مخالفاً لمستند مكتوب مقدم فى الدعوى ، كان لها عند تأييده أن تأخذ بأسبابه بغير أن تجيب بأسباب خاصة على ما طلب منها الحكم به من ندب خبير فى الدعوى لإجراء أعمال لا يختلف الغرض منها عن الغرض الذى كان يرمى إليه طلب التحقيق بالبينة[٤] .

لكن قضاة محكمة الاستئناف إذا عدّلوا الحكم المستأنف أو ألغوه ، فإنه يجب عليهم إيراد أسباب الإلغاء أو التعديل الكافية . وقد قررت محكمتنا بأنه إذا حكم ابتدائيا بتزوير إمضاء موقع بها على ورقة عرفية وبرد هذه الورقة وبطلانها ، وكان هذا الحكم مؤسساً على رأى خبير الدعوى وعلى ما أجرته

(١) ٢٢ فبراير سنة ١٩٣٤ (القانون والاقتصاد س ٤ رقم ٣٢ ص ٧٨ والمحاماة س ١٤ ق ١ رقم ١٥٠ ص ٣٥٩)

(٢) تعليقات دالوز على المادة ١٤١ رقم ٢٣٠٣ و ٢٤٦٥

(٣) ٢٥ مايو سنة ١٩٣٣ (القانون والاقتصاد س ٣ رقم ١٢١ ص ١٢١)

(٤) ١٠ مايو سنة ١٨٤٢ المنوه عنه فى ربرتوار دالوز تحت كلمة « حكم » فقرة ١٠٣٥

المحكمة بنفسها من مضاهاة ، ثم ألغت محكمة الاستئناف هذا الحكم بعلة أنه اتضح لها أن هناك شكا يلابس رأى الخبير بحيث لا يمكن القطع بوجود التزوير وتوفر دليله والجزم به ، ولم تتعرض مطلقاً لمناقشة رأى محكمة الدرجة الأولى من حيث المضاهاة ، كان حكم محكمة الاستئناف قاصر الأسباب وتعين نقضه[١] .
ولكنها قررت فى حكم آخر أنه إذا ألغت محكمة الدرجة الثانية حكما ابتدائيا ، فلا تكون ملزمة بالرد على جميع ما ورد فى ذلك الحكم من الأدلة ، ما دامت الأسباب الواردة فى حكمها كافية لتحقيق غرض القانون[٢] .

٣ — عيب الحكم الناقص الأسباب
وعدم قيام الحكم على أساس قانونى
Défaut de base légale

١٩٦ — عدم قيام الحكم على أساس قانونى : لا نزاع فى أن خلو الحكم من الأسباب هو عيب شكلى يقتضى لذاته بطلان الحكم . ولكن ماذا يكون عيب الحكم إذا كان مسبباً وكانت أسبابه مبهمة أو مجملة أو مشوشة أو مضطربة أو ناقصة أو متناقضة يمحو بعضها بعضاً ؟ هل يعتبر كذلك أنه خال من الأسباب ؟ .

قد بينا من قبل أن محكمة النقض الفرنسية كثيراً ما نقضت أحكاما ناقصة الأسباب على اعتبار أنها خالية من الأسباب ، كما أنها كثيراً ما تأثرت بنص المادة السابعة من قانون ٢٧ أبريل سنة ١٨١٠ فنقضت هذه الأحكام لعدم قيامها على أساس قانونى .

---

(١) ١٥ يونيه سنة ١٩٣٣ (القانون والاقتصاد س ٣ رقم ١٢٧ ص ١٣٥ ومج . س ٣٤ رقم ١٨٦ ص ٣٩٣)

(٢) ٢٣ يونيه سنة ١٩٣٢ (المحاماة س ١٣ رقم ١٢٥ ص ٢٨١ والقانون والاقتصاد س ٣ رقم ٥٨ ص ٤٣)

ونقول الآن إنه كان من أثر أحكام النقض هذه أن اختلف الفقهاء ، هل يفرقون بين الصور التي ينبغي أن يكون سبب نقض الأحكام فيها هو عدم قيامها على أساس قانوني ، و بين الصور الأخَر التي يحكم فيها بالبطلان لخلو الأحكام من الأسباب ، فرأى بعضهم أن يجمع الصور الأولى في فصل خاص يضعه تحت باب نقض الأحكام لمخالفتها للقانون[1] ، ورأى آخرون ترك هذه الصور مع غيرها تحت باب نقض الأحكام لعيب شكلي فيها[2] .

١٩٧ — ويقول المستشار (فاى) : « إن استعمال عبارة (عدم قيام الحكم على أساس قانوني) هو استعمال طريف[3] ، وإن السبب في استعماله للدلالة على معنى ذلك العيب الخاص ببعض الأحكام المسببة تسبيباً ناقصا هو أن محكمة النقض — في سبيل التحقق من تطبيق القانون تطبيقاً صحيحاً — تقيس في الواقع (قياس معايرة كما تعاير بين المكيالين لامتحان أحدهما بالآخر) ما أثبته الحكم المطعون فيه من وقائع الدعوى بما يكون قد أخذ به فيها من القواعد القانونية ، فإن اتضح لها من هذا القياس أن بالحكم مخالفة ظاهرة للقانون أو خطأ في تطبيقه نقضت الحكم على أساس ظهور هذه المخالفة . أما إذا ظهر أن أسباب الحكم لا تسمح لها بإجراء هذا القياس لقصورها عن إيراد العناصر الواقعية

(١) كريبون جزء ٣ فقرة ١٤٧ وفاى فقرة ١١٩ وما بعدها ، وتيسييه وموريل فقرة ٩٥٢

(٢) جارسونيه فقرة ٣٨٨ وهوامشها حيث لم يأت فيها ذكر لحالة الطعن المسماة « بعدم وجود أساس قانوني للحكم »

(٣) ويقول تيسييه وموريل (ص ٤٧٩) إن محكمة النقض كانت تستعمل تعبيرات أخرى مثل قولها إن عبارات الحكم المطعون فيه لا تسمح لها باجراء رقابتها ، أو لا تستطيع هي معها معرفة ما إذا كان الحكم قد قضى بحاصل فهم الواقع في الدعوى أو على مقتضى تطبيق القانون على حاصل هذا الفهم ، أو أن الحكم ليس فيه ما يبرر تطبيق القانون على الوجه الذي طبقه الحكم في الدعوى (راجع ن . ف . ج ٢٢ مايو سنة ١٨١٢ (س ٨١٣ — ١ — ٦٨) و ن . ف ٢١ أغسطس سنة ١٨١٦ (س ٨١٦ — ١ — ٤٤٩) و ن . ف . ج ٨ يناير سنة ١٨٤١ (س ٨٤٢ — ١ — ١٤٧) ومارتى ص ٢٨٣ هامش ٢و٣)

اللازمة لتبرير ما طبقه الحكم من القواعد القانونية ، فإنها تنقضه لعدم ظهور ما قام عليه الحكم من أساس قانونى يجب أن يقام عليه إقامة صحيحة »[1] .

ثم يقول : « لكن محكمة النقض نفسها كثيراً ما فاتها ملاحظة الفرق بين هذين العيبين : خلو الحكم من الأسباب ، وعدم قيامه على أساس قانونى ؛ وكثيراً ما بنت أحكامها الناقضة على خلو الحكم المطعون فيه من الأسباب فى الصور التى كان يجب أن يبنى النقض فيها على عدم قيام الحكم على أساس قانونى ، وبالعكس ، مع أن نشاطها يجب أن يختلف حقا فى كل منهما عن الآخر ، لأن خلو الحكم من الأسباب هو عيب فى شكل الحكم ، وعدم قيام الحكم على أساس قانونى هو عيب فى صميم موضوع الحكم . ولهذا الفرق ينبغى لمحكمة النقض متى رأت نقض الحكم المطعون فيه لخلوه من الأسباب ، أن تبين فى حكمها ما الذى قصر قاضى الموضوع فى الإجابة عنه بأسباب خاصة من طلبات الخصوم ووجوه دفاعهم ، وأن تقتصر على هذا البيان بغير أن تبدى رأيها القانونى فيما كان ينبغى أن يجاب به على هذا الطلب أو هذا الوجه من الدفاع الذى سكت الحكم عنه ، وأن تشير فى حكمها إلى نص المادة السابعة من قانون أبريل سنة ١٨١٠ التى قد يصح الاعتماد عليها فى التقرير ببطلان الحكم ونقضه . أما إذا رأت نقض الحكم على تقدير أنه لم يقم على أساس قانونى ، فإنه ينبغى لها أن تتعرض للمسألة القانونية التى قام عليها الحكم فتذكر ما الذى نقص الحكم من البيانات الضرورية المتعلقة بالشروط والأركان اللازمة قانوناً لتبرير وجهة الحكم فى تطبيق القانون ، وأن تعتمد فى حكمها على النص القانونى الذى لم يستطع الحكم تبرير تطبيقه فى الدعوى[2] .

---

(١) فاى فقرة ١١٩ ، ويقول المستشار فبراجيت فى الطبعة الثانية لكتابه « فن القضاء » (ص ٣٣٦ هامش ١) إن الدائرة المدنية فى أحكامها الحديثة أخذت تستعمل تعبيراً آخر هو أن المحكمة لم تبرر حكمها من ناحية القانون (Elle n'a pas légalement Justifié sa décision)

(٢) فاى فقرة ١٢٠

١٩٨ — هكذا يقول المستشار فاى ، ثم يحاول جمع الصور التى يرى أن يكون سبب نقض الأحكام فيها هو عدم قيامها على أساس قانونى ، فلا يصل إلا إلى تقسيمها إلى مجاميع يذكرها ويمثل لكل منها فيقول ما محصله :

إن المجموعة الأولى تشمل الصور التى يدمج فيها قاضى الموضوع حاصل فهم الواقع فى الدعوى بحاصل فهم حكم القانون فى هذا الواقع ، فلا تدرى محكمة النقض مع هذا الإدماج هل حكم القاضى فى الدعوى على حاصل فهم الواقع فيها ، أم على أساس تطبيق القانون على هذا الواقع . ومن أمثلتها ما يكون قد اكتفى فيه بمثل القول بأن فلاناً كان تاجرا حقا ، بغير أن يبين لم كان تاجرا ومم استخلص كونه تاجرا[1] ؛ أو بأن فلاناً مسئول بالتعويض عن الحادث الذى تسبب به بغير بيان وجه مساءلته ، وما الذى تسبب به من إهمال أو تقصير ونحوهما[2] ؛ أو بأنه كان للمؤجر أن يستعمل حق امتيازه بالحجز على الحيوانات التى وجدت بالعين المؤجرة ، بغير أن يكون الحكم قد بحث فيما إذا كانت هذه الحيوانات قد ربطها الاستغلال بالعين المؤجرة وأتبعها بها[3] ؛ أو بأن الدين قد سقط بالتقادم عن المدين ولم يسقط عن الضامن ، بغير بيان لسبب هذه التفرقة[4] ؛ أو بأن ما كان من الخصمين ليس إلا بيعاً لا إجارة ، بغير تبيان[5] موجب ذلك .

والمجموعة الثانية تشمل الصور التى تكون فيها أسباب الأحكام قد بلغت الغاية من الإبهام والتعميم . ومن أمثلتها قول الحكم الصادر بإلزام المستأنف بالتعويض الذى طلب المستأنف عليه إلزامه به عن إجراءاته الكيدية « إن

(١) ن . ف ٢٧ يوليه سنة ١٨٩١ (د ٩١ — ١ — ١٦٠) و ١٢ ديسمبر سنة ١٨٩٩ (س ٩٠٠ — ١ — ١٦)

(٢) ن . ف ١٩ فبراير سنة ١٨٩٠ (د ٩٠ — ١ — ٢٤١) و ١٠ نوفمبر سنة ١٩٢٥ (دالوز الأسبوعية ١٩٢٦ رقم ٤)

(٣) ن . ف ٢٢ مارس سنة ١٨٩٣ ذكرٌ فى (فاى) ص ١٣٥ هامش ٣

(٤) المرجع السابق

(٥) المرجع السابق .

المستأنف كان متهورا فى استئنافه أو أن استئنافه كان إجراء كيديا »[١] .

والمجموعة الثالثة تشمل الصور التى تكون فيها أسباب الحكم قد عنيت بذكر بعض العناصر الواقعية وسكتت عن إيراد ما نزل منها منزلة الشرط الضرورى لتبرير تكييف فهم الواقع فى الدعوى بما كيف به من أحكام القانون ثم تطبيق حكم القانون على حاصل هذا التكييف . ومن أمثلتها أن يقول الحكم إن الثابت من ظروف الدعوى أن هناك بيعاً تم الاتفاق فيه على المبيع ، ثم يسكت عن الاتفاق على الثمن ؛ أو أن فلاناً مسئول لخصمه بالتعويض عن ذلك الحادث الضار الذى تسبب فيه ، بغير أن يبين أن الضرر الحاصل قد ترتب على الحادث الضار ترتب المسبب على سببه[٢] ؛ أو أن يقول فى معرض الأخذ بالدليل المستفاد من دفاتر التاجر إن الأمر الفلانى ثابت من هذه الدفاتر ، بغير أن يبين صفة الخصم الذى تراد محاجته بهذا الدليل طبقاً للمادة ١٢ من قانون التجارة (المقابلة للمادة ١٧ من قانوننا)[٣] .

والمجموعة الرابعة تشمل الصور التى تكون فيها أسباب الحكم قاصرة عن بيان واقعة ما البيان الكافى لتحديدها وتمكين محكمة النقض من إجراء الرقابة على ماطبقه الحكم عليها من القواعد القانونية ، أو تكون أسباب الحكم قد سكتت عن الاجابة على زعم موضوعى هام une allégation de fait إذا صح تغير له وجه الرأى فى الحكم[٤] . ومن أمثلة النوع الأول أن يقرر الحكم بصدد اتفاق مكتوب مقدم فى الدعوى أنه قد اتفق على تغييره بآخر ، بغير أن يقال إن هذا الاتفاق الثانى كان هو كذلك بالكتابة ؛ أو أن الحكم الفلانى قد نفذ فى ميعاد الثمانية

---

(١) فاى ص ١٣٦ (B) و هامش ٤

(٢) ن . ف ١٤ مارس سنة ١٨٩٢ (د ٩٢ — ١ — ٣٤٣)

(٣) فاى ص ١٣٦ (C) وهامش ٥

(٤) ويقول فاى إن فى هذه الصور كثيرا ما يخفى الفرق بين مطلق الزعم الذى لا يجاب عليه فى الحكم ووجه الدفاع الذى تنبغى الاجابة عليه ، ولهذا يقع الخلط بين نقض الحكم لخلوه من الأسباب أو نقضه لعدم قيامه على أساس صحيح (ص ١٣٧ (D) وهامش ٦)

الأيام التى كان ينبغى فيها رفع دعوى مخاصمة الوكيل (l'action en désaveu) بغير أن يبين الحكم ما الذى تم من أعمال هذا التنفيذ الذى أشير إليه ؛ وكأن يقول الحكم إن فلاناً المزارع قد اشترى بعض المحاصيل من السوق ثم باعه مع محاصيله وإنه لا يمكن اعتبار بيع هذه المحصولات جميعها عملاً تجاريا ، بغير أن يبين الباعث الذى حمل هذا المزارع على شراء ما اشتراه من السوق ، ولا أن كمية ما اشتراه كانت لا تذكر بجانب ما نتج له من زراعته . ومن أمثلة النوع الثانى أخذ الحكم بالقاعدة العامة القاضية بأن البضائع القائمة بمخازن الجمرك لا تعتبر أنها قد سلمت لأصحابها ، بغير أن يجيب على الوقائع التى حصل التمسك بها الدالة على وقوع التسليم والتسلم ؛ ومنها نفى الحكم للحادث القهرى المدعى به سبباً لتبرير تأخير إرسال البضاعة ، بقوله إن التأخير لم يكن سببه حادثاً قهريا وإنما كانت علته نقصاً فى الأدوات (l'insuffisance du matériel) بغير بحث تلك الظروف الخاصة التى استند إليها لإثبات قيام الحادث القهرى[1] .

والمجموعة الخامسة تشمل الصور التى يقوم فيها الحكم على سبب عقيم غير منتج ويبقى المسألة التى هى جوهر النزاع فى الدعوى غير محلولة ، وذلك إما لأن القاضى أساء فهم هذه المسألة فأجاب عليها بما لا يناسبها وينصب عليها ، أو لأنه قدر خطأ أن حلها أصبح عديم الفائدة فى الدعوى بعد أن قام بحل نقطة أخرى رأى أنها هى الأولى بجعلها مناط الحكم . ومن أمثلتها أن يقول القاضى فى صدد حل النزاع القائم بين طرفى الخصومة على صحة عقد متنازع فيه بينهما ، أن لا فائدة من بحث صحة هذا العقد لإمكان اعتبار الدعوى من قبيل دعاوى الإثراء بلا سبب ، بغير أن يبين الحكم ما يبرر هذا النظر قانوناً ؛ أو أن يقول فى حكمه الصادر بابطال حجز دائن على ما لزوجة مدينه من مال خصص لها فى توزيع بحسب درجات الدائنين : إن الحاجز لم يكن إلا دائناً للزوج فقط ، مع أنه كان يدعى

(١) المرجع السابق و ص ١٣٨

أن ما حجزه هو من أموال روكية الزوجية ؛ أو أن يقول فى الحكم الصادر برفض الدعوى التى رفعها الراسى عليه المزاد طالباً بها إبطال عقد إجارة عقده المدين أثناء إجراءات البيع الجبرى « إن المدعى الراسى عليه المزاد كان يعلم بهذه الاجارة » مع أن دعوى البطلان المرفوعة كانت مبنية على أن الاجارة صورية ، ولا يهم فى قبول هذه الدعوى أن يكون مدعيها عالماً بحصول الاجارة أو غير عالم[1] .

أما الأستاذ (موريل) فقد اكتفى فى الطبعة الثالثة لكتاب جلاسون وتيسييه بإيراد بعض هذه الصور على سبيل المثال[2] و[3] .

١٩٩ — وأنت إذا تأملت هذه الصور التى جمعها المستشار (فاى) وقسمها إلى مجاميع وذكر لكل مجموعة منها أمثلة عدة ، ثم تلك الأمثال التى أوردها موريل ، لرأيت أن المعنى الجامع فيها هو فى الواقع قصور الحكم عن إيراد ما ثبت من وقائع الدعوى وظروفها وملابساتها إيرادا وافيا يمكن محكمة النقض من التحقق من أن القانون قد طبق تطبيقا صحيحاً . و إذا لاحظت أن سبيل هذه الرقابة هو فى تناول ما ثبت بالحكم من وقائع الدعوى وظروفها وملابساتها ، ومقابلة ذلك بما طبقه الحكم عليها من القواعد القانونية ، تبين لك أن الذى يعجز محكمة النقض عن القيام بهذه الرقابة ليس هو قصور الحكم عن إيراد الأسباب القانونية les motifs de droit اللازمة الكافية ، ولا الخطأ فى بعض هذه الأسباب ، إذ المحكمة تستطيع — متى رأت الحكم صحيح النتيجة قانوناً وأن القاعدة التى أخذ بها فى الحكم هى التى تطبق على الوقائع الثابتة — أن تستكمل الأسباب القانونية اللازمة وتستدرك ما وجدته فى بعض الأسباب من الأخطاء القانونية[4] . ليس هذا بمعجزها ،

---

(١) فاى ص ١٣٨ (E) وهامش ٧

(٢) تيسييه وموريل فقرة ٩٥٢ ص ٤٧٩ و ٤٨٠ و٤٨١ وهوامشها

(٣) وقد اعتبر المستشار فراجيت ، فى كتابه فن القضاء ، هذه العيوب عشرة (راجع ص ٣٣٦ و ٣٣٧ و ٣٣٨) وانظر فى الثلاثة العيوب الأخيرة التى ما كان يصح عدها فى حالة الطعن بعدم قيام الحكم على أساس قانونى بالمعنى السابق ذكره .

(٤) فقد قدمنا أن الطعن فى الحكم بمخالفة القانون أو بالخطأ فى تطبيقه أو فى تأويله =

و إنما الذى يعجزها عن القيام بحقها من الرقابة إنما هو قصور الأسباب الواقعية les motifs de fait عن إيراد وقائع الدعوى وظروفها وملابساتها ووجوه نزاع الأخصام وطلباتهم ، الايراد الوافى ، بحيث تصبح غير قادرة على التحقق من معرفة ما إذا كانت القاعدة القانونية التى طبقت فى الدعوى هى التى تنطبق عليها أم لا .

متى صح ذلك — ولا شك عندنا فى صحته — فالرأى عندنا أن الطعن فى الحكم بعدم قيامه على أساس قانونى ، إذ كان لا يقوم فى الواقع على مخالفة معينة منضبطة يمكن إدراك وقوعها والعلم بها من الحكم نفسه و بناء النقض على أساسها ، بل يقوم على احتمال وقوعها وعجز محكمة النقض عن ضبطها والقول بوقوعها على جهة اليقين — فهذا الطعن ، وهذا هو جوهره ، لا يمكن إدراجه تحت حالة الطعن بمخالفة القانون ، بل الأشكل به إدخاله تحت حالة الطعن ببطلان الحكم لعدم اشتماله على الأسباب الكافية التى يكون قد بنى عليها . لكن الضرورة هى التى ألجأت محكمة النقض إلى اصطناع هذا النوع من التعبير « عدم قيام الحكم على أساس قانونى » لتصل به إلى مد رقابتها على تسبيب الأحكام تسبيباً وافياً و إبطال الأحكام المسببة تسبيباً ناقصاً مخلا بمقصود الشارع من إيجاب تسبيبها على الوجه المرضى .

= لا يجدى إلا إذا كان الحكم ذاته قد بنى على هذا الخطأ أو تلك المخالفة ، بحيث يظهر من مقابلة ما أثبته الحكم من حاصل فهم الواقع ، بالقضاء الوارد فيه على حاصل ذلك الفهم ، أن هذا القضاء قد وقع مخالفاً لحكم القانون ، وإلا فالحكم يكون صحيحاً ، بصرف النظر عما يحتويه من الأسباب القانونية . وذكرنا أن هذه القاعدة هى التى جرى التعبير عنها بأن الخطأ يجب أن يقع فى منطوق الحكم دون أسبابه . ثم فرعنا على هذا الأصل : (أولا) أن ذكر أى اعتبار خاطئ فى أسباب الحكم لا يفسده إذا كان غير مؤثر فيه (ثانياً) أن خطأ القانون الواقع فى بعض أسباب الحكم لا يقتضى نقضه إذا استقام الحكم على باقى الأسباب المبينة به (ثالثا) أن لمحكمة النقض — متى تبينت صحة ما قضى به الحكم — أن تستبدل بأسبابه القانونية الخاطئة أسباباً صحيحة تعتمد عليها فى إبرامه (رابعاً) أن مناقضة بعض أسباب الحكم القانونية لبعض لا تقتضى لذاتها نقضه ، فلمحكمة النقض أن تقيم الحكم على ما صح من أسبابه وتطرح الأسباب الأخرى .

وأنت إذا أعدت النظر فى أحكام محكمة النقض المصرية التى استشهدنا بها فى هذا الفصل رأيت أنها — بعد أن قررت فى حكمها المؤرخ فى ٢٣ مارس سنة ١٩٣٣ أن قصور أسباب الحكم المطعون فيه بما يعجزها عن التقرير بنفى ما ادعى به من مخالفة القانون أو الخطأ فى تطبيقه أو فى تأويله يوجب نقض الحكم لخلوه من الأسباب أو لعدم قيامه على أساس قانونى صحيح ، بغير ترجيح بين الأمرين — قد استقر قضاؤها بعد ذلك[1] ، على اعتبار أن قصور الأسباب بمثابة الخلو منها طبقاً لنص المادة ١٠٣ (مرافعات)[2] .

٢٠٠ — وما كنا لنحفل بدراسة هذا النوع من الطعن دراسة نظرية نُحقق فيها ما إذا كان ينبغى إدراجه تحت حالة الطعن بمخالفة الحكم للقانون أو تحت حالة الطعن بوقوع البطلان فيه ، لو أن الفائدة من هذه الدراسة كانت نظرية صرفا ، كما هى فى فقه القانون الفرنسى حيث يجوز الطعن فى جميع الأحكام بمخالفتها للقانون أو ببطلانها المترتب على خلوها من الأسباب . وإنما حفلنا بهذه الدراسة لما للأخذ فى مصر بأى هذين الاعتبارين دون الآخر من أثر فى قبول الطعن وعدم قبوله . ذلك لأن الأحكام التى يجوز الطعن فيها بمخالفة القانون أو بالبطلان ، إنما هى أحكام محاكم الاستئناف ، أما الأحكام الصادرة من المحاكم الابتدائية بصفة استئنافية فى قضايا وضع اليد وفى مسائل الاختصاص فلا يجوز الطعن فيها إلا بمخالفة القانون أو بالخطأ فى تطبيقه أو فى تأويله على ما سبق شرحه . هذا من جهة ، ومن جهة أخرى ، لأن الحكم المطعون فيه إذا نقض لبطلان جوهرى وقع فيه فإن محكمة النقض ينبغى لها أن تحيل القضية إلى

(١) قارن الأحكام الصادرة فى ٩ نوفمبر سنة ١٩٣٣ و ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٣ و ٢٥ يناير سنة ١٩٣٤ (مجلة القانون والاقتصاد س ٤ رقم ٥ و ١٦ و ٢٥ والمحاماة س ١٥ ق ١ رقم ٥٧ ، ٩١ ، ١٢٣)

(٢) وهذا هو الذى استقر عليه الفقه والقضاء البلجيكيان (سيمونيه ص ٢٦١ وهامش رقم ٦ ، و ن . ب ١١ ديسمبر سنة ١٩٣١ (الباسكريزى ١٩٣٢ — ١ — ١١) .

المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه لتحكم فيها دائرة أخرى من جديد ، بخلاف ما إذا كان نقض الحكم لمخالفته للقانون أو لخطأ فى تطبيقه أو فى تأويله فإنه يجوز لمحكمة النقض أن تحكم فى الدعوى برمتها متى كانت صالحة للحكم .

ما يترتب على بطلان الحكم لخلوه من الأسباب

٢٠١ — ويترتب على اعتبار قصور الأسباب الواقعية فى الحكم أو نقصها فيه ، عيباً شكليا يقتضى لذاته بطلان الحكم ونقضه ، ما يأتى :

أولا — أن يكون للطعن بخلو الحكم من الأسباب الواقعية — لدى بحث محكمة النقض — الصدارة على وجوه الطعن الأخرى المتعلقة بمخالفة القانون أو بالخطأ فى تطبيقه أو فى تأويله .

ثانياً — أنه متى صح الطعن فان النقض به يكون كليا أو جزئيا ، بحسب ما إذا كان عيباً شاملا للحكم أو قاصراً على جزء منه[1] .

ثالثاً — وألا يكون لمحكمة النقض ملء هذا الخلو بالأسباب الموضوعية ، إبراماً للحكم المطعون فيه .

رابعاً — ألا ينبغى لمحكمة النقض — متى رأت نقض الحكم لخلوه من الأسباب — أن تحاول حل المسألة القانونية التى يكون قد أخذ بها الحكم ، فإن تعرضت لها فلا يكون رأيها واجب الاتباع على محكمة الإحالة إذ يكون صنيعها فيه من قبيل الصد عن الاجتهاد فى القانون و إغلاق بابه على الحاكم .

وهذه النتائج تكاد تكون بديهية لا تحتاج لشرح .

---

(١) ن . م . م ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٣٥ وقاعدته : إذا نقضت المحكمة حكماً فى بعض أجزائه لخلوه من الأسباب فانها ترفض بغير بحث وجوه الطعن الأخرى المبنية على مخالفة القانون المنصبة على هذا الجزء اكتفاء بنقضه للسبب الأول (القانون والاقتصاد س ٦ رقم ٢/٥)

الفرع الثانى

فى وقوع بطلان فى الإجراءات مؤثر فى الحكم

٢٠٢ — بطلان أى إجراء هو اعتباره فى حكم العدم بحيث لا يترتب عليه ما يترتب على الإجراء الصحيح من الآثار المعتبرة قانوناً ، وهو جزاء يرتبه القانون على الإخلال بما أوجب مراعاته من قواعد تحرير أوراق المرافعات و إعلانها وقواعد السير فى الدعوى فى مراحلها المختلفة . و بطلان الإجراءات نوعان : نوع هو من النظام العام كالبطلان المترتب على إعلان الورقة على يد موظف غير مختص أو على حصول المرافعة بجلسة غير علنية فى غير الأحوال التى يجوز فيها للمحكمة جعل الجلسة سرية ؛ ونوع آخر لا يتعلق به غير مصلحة الخصوم كالبطلان المترتب على قصور ورقة الاعلان عن بعض بياناتها الجوهرية أو على مخالفة التحقيق أو أعمال أهل الخبرة لأحكام القانون . والقاعدة العامة فى البطلان المتعلق بمصلحة الخصوم أنه لا يصح التمسك به إلا من ذى الحق فيه ، وأنه يزول بتنازل صاحبه عن التمسك به أو بحضوره أو برده على الإجراء الباطل بما يفيد اعتباره صحيحاً (المادتان ١٣٨ و ١٣٩ من قانون المرافعات) ، أما إذا كان البطلان من النظام العام فانه يصح لكلا الخصمين أن يدفع به فى أية حالة تكون عليها الدعوى لحين صدور الحكم الانتهائى فيها ، وللمحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها ، ولا يزول برضاء الخصم صراحة أو ضمناً ولا بمواجهة الموضوع .

٢٠٣ — وعلى الرغم من عدم اشتمال القانون المصرى على قواعد عامة يمكن الرجوع إليها لمعرفة ما إذا كانت مخالفة القانون فى أى إجراء من الإجراءات يترتب عليها بطلان ما أو لا يترتب ، وما نوع ما يترتب من البطلان هل هو من النظام العام أو ليس منه ، فان المتفق عليه فقهاً وقضاء هو التمييز بين الإجراءات

الجوهرية وغير الجوهرية وترتيب البطلان على النقص أو الخطأ فى الأولى سواء أورد بالبطلان نص أم لم يرد ، وعدم ترتيب البطلان فى الثانية إلا إذا ورد به نص صريح يقتضيه .

٢٠٤ — وتنص المادة التاسعة من قانون محكمة النقض على جواز الطعن فى الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف إذا وقع بطلان فى إجراءات الدعوى وكان من شأنه التأثير فى الحكم الذى صدر فيها واعتباره باطلاً بالتبعية . أما الأحكام الصادرة من المحاكم الابتدائية فى قضايا وضع اليد أو فى مسائل الاختصاص النوعى أو المتعلق بوظائف جهات القضاء الأهلى ، فلا يجوز الطعن فيها بوقوع بطلان فى الإجراءات (المادة ١٠ من القانون) .

ولما كان بطلان الإجراءات قلما يتعلق بالنظام العام ، وكان من الواجب الدفع بالبطلان غير المتعلق بالنظام العام أمام محكمة الموضوع فى الوقت المناسب وإلا سقط الحق فيه وامتنع إبداؤه لأول مرة أمام محكمة النقض ، وكذلك لما كان الغالب أن يتمسك صاحب الحق فى البطلان بحقه أمام محكمة الموضوع فتقضى هى فيه برفض الدفع به أو بقبوله ، ثم يطعن فى قضائها هذا أمام محكمة النقض ، فمن الحق أن نتساءل عما يمكن أن يعاب به هذا الحكم عند التصدى لتخطئته : أيكون عيبه هو مخالفة القانون (أو الخطأ فى تطبيقه أو فى تأويله) أم يكون عيبه هو بطلان فى الإجراءات قد أثر فى الحكم فصيره باطلا بالتبعية ؟ ولهذا التساؤل أهميته ، إذ لو كان عيب الحكم هو مخالفة القانون أو الخطأ فى تطبيقه أو فى تأويله فإن الطعن فيه بالنقض على أساس هذه المخالفة يكون جائزاً أو مقبولاً ، وإن كان الحكم صادراً من محكمة ابتدائية فى استئناف مرفوع إليها فى قضية من قضايا وضع اليد أو فى مسألة من مسائل الاختصاص النوعى أو المتعلق بوظائف القضاء الأهلى ، ثم يجوز بناء على ذلك لمحكمة النقض — إذا قضت بقبول الطعن — أن تتصدى لموضوع الدعوى فتحكم فيه ؛ أما إذا كان عيب الحكم

هو وقوع البطلان فى الإجراءات السابقة فلا يقبل الطعن إلا إذا كان الحكم صادرا من إحدى محاكم الاستئناف ، ثم لا تملك محكمة النقض — إذا هى قضت بنقضه — أن تتصدى لموضوع الدعوى بل يكون عليها أن تحيل القضية إلى المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه .

٢٠٥ — ينبغى لنا فى الإجابة على هذا السؤال أن نفرق بين ما إذا كانت محكمة الموضوع قد حكمت بقبول الدفع بالبطلان وكان الطاعن فى الحكم هو مدعى صحة الإجراء ، وبين ما إذا كانت قد حكمت برفض الدفع وكان الطاعن هو من تمسك بالبطلان على خصمه .

ففى الحالة الأولى — كما إذا دفع أمام محكمة الموضوع ببطلان أحد إجراءات الخصومة القائمة أمامها مثل إعلان صحيفة الاستئناف أو التحقيق بالبينة أو أعمال أهل الخبرة ، أو بأن محكمة الاستئناف قد أخلت بحق الدفاع أو بعلنية المرافعة ، وقضت المحكمة خطأ بقبول الدفع — يكون وجه الطعن فى الحكم ، ممن يدعى صحة الإجراءات ، هو لا محالة مخالفة القانون أو الخطأ فى تطبيقه أو فى تأويله ، إذ لا يتصور غير ذلك .

أما فى الحالة الثانية — حالة ما إذا قضت محكمة الموضوع خطأ برفض الدفع بالبطلان فى مثل الصور المتقدمة وكان الطاعن هو صاحب الدفع — فإن القول بأن وجه الطعن يكون حينئذ هو مخالفة القانون أو وقوع البطلان فى الإجراءات يصبح هو محل النظر والاجتهاد .

لا يهدينا كثيراً فقه القانون الفرنسى فى هذا البحث ، لأن الأحكام التى يجوز الطعن فيها عندهم لمخالفة القانون هى ذات الأحكام التى يجوز الطعن فيها لعيب فى الإجراءات ، ولأن سلطة محكمة النقض لا تختلف فى الحالتين إذ المتعين عليها فيهما هو إحالة الدعوى إلى محكمة موضوع أخرى لتفصل فيها من جديد . وكل ما بحثه الفقه الفرنسى هو متى يكون بطلان الإجراءات (ويدخل فيه

بطلان الحكم ذاته) سبباً للطعن فى الحكم بطريق النقض بمقتضى المادة ٣ من قانون ٢٧ نوفمبر — أول ديسمبر سنة ١٧٩٠ ومتى يكون سبباً للتظلم منه بالتماس إعادة النظر عملا بالمادة ٤٨٠ من قانون المرافعات . وقد بينا فى صدر هذا الفصل آراء فقهائهم فى هذا الموضوع ، وأن أرجح هذه الآراء أن وسيلة الطعن — فيما عدا الصور الأربع المنصوص عليها فى المادة السابعة من قانون ٢٠ أبريل سنة ١٨١٠ — هى النقض أو التماس إعادة النظر ، بحسب ما إذا كانت المحكمة قد أخطأت عمدا فى القيام بالإجراء على وجهه القانونى أو فى الحكم كذلك بصحة الإجراء الباطل ، أم كان المخطىء فى الإجراء أو المهمل فيه هو الخصم نفسه ، ولم يتمسك بالبطلان ذو الحق فيه ؛ كما بينا أنه يجب رفع الأمر لمحكمة النقض إذا كان صاحب الحق فى البطلان قد تمسك به وحكمت محكمة الموضوع برفض دفعه .

وإذن فينبغى لنا أن نهتدى فى بحثنا هذا بالغرض الذى توخاه الشارع المصرى فى التفرقة بين حالات الطعن الثلاث وهى : مخالفة القانون ، وبطلان الحكم ، وبطلان الإجراءات المؤثر فى الحكم ؛ حين لم يجز بالمادة ١٠ (من قانون محكمة النقض) الطعن فى أحكام المحاكم الابتدائية الصادرة فى قضايا استئناف أحكام المحاكم الجزئية فى قضايا وضع اليد وفى مسائل الاختصاص النوعى والاختصاص المتعلق بوظائف المحاكم الأهلية ، إذا بنى الطعن على وقوع بطلان فى الحكم أو فى الإجراءات السابقة ؛ وحين منع محكمة النقض بنص الفقرة الأخيرة من المادة ٢٩ من هذا القانون من طلب الدعوى والحكم فى موضوعها إذا كان سبب النقض هو وقوع بطلان فى الحكم أو فى الاجراءات .

ونحن إذا بحثنا عن علة منع الطعن فى أحكام المحاكم الابتدائية المتقدمة الذكر فى غير حالة مخالفة القانون (بمعناها الخاص) تبين لنا أن الشارع لم يجز الطعن فى هذه الأحكام على سبيل الاستثناء إلا لأهمية قضايا وضع اليد ولما تثيره من النقط القانونية الدقيقة ، ولما فى تقرير الاختصاص لمحكمة

النقض فى جميع المسائل المتعلقة باختصاص القضاء الأهلى فى جميع جهاته من المصلحة الكبرى[١]. وإذن فالمشرع لم يعن بغير الإشراف على تطبيق القواعد القانونية الخاصة بدعاوى وضع اليد وقواعد الاختصاص ذاتها توحيداً للقضاء فيها ؛ وأما ما يقع فى هذه القضايا من أسباب البطلان فى الإجراءات أو فى الحكم ذاته فإنه مما يعرض أمثاله لأحكام محاكم الاستئناف ويصل أمره لمحكمة النقض فتضع فيه هذه المحكمة العليا القواعد الصحيحة التى تهتدى بها جميع المحاكم على اختلاف درجاتها فى جميع القضايا على اختلاف أنواعها[٢].

أما علة منع محكمة النقض من طلب الدعوى والحكم فى موضوعها فى غير حالة مخالفة القانون (بمعناها الخاص) فهى أن الحكم فى موضوع الدعوى يقتضى تطبيق القانون على الوقائع الثابتة فى الحكم المطعون فيه ، ولا يتصور إمكان هذا التطبيق إذا كان الحكم مشوباً بعيب جوهرى أو كانت إجراءات تحقيق الدعوى السابقة لصدوره باطلة بطلاناً مؤثراً فيه .

فيبين مما تقدم أن المقصود ببطلان الاجراءات ، فى شأن ما لا يجوز الطعن فيه من الأحكام فى قضايا وضع اليد وفى مسائل الاختصاص ، هو ما يتعلق بإجراءات الخصومة ولا يتصل بموضوع قواعد الاختصاص أو القواعد القانونية الخاصة بدعاوى وضع اليد ؛ وأن المقصود ببطلان الاجراءات ، فيما يتعلق بالأحوال التى لا يجوز فيها لمحكمة النقض التصدى لموضوع الدعوى ، هو كل ما يمنع من اعتبار حكم محكمة الموضوع والتحقيقات السابقة له مصدراً صحيحاً تستخلص منه محكمة النقض فهماً صحيحاً للواقع فى الدعوى يمكنها أن تكيفه ثم تطبق حكم القانون عليه تكييفاً وتطبيقاً صحيحين .

وإذن فكلما ادعى الطاعن وقوع عيب جوهرى يستتبع البطلان فى أى

(١) راجع المذكرة الإيضاحية ص ٢٢و٢٣

(٢) راجع فى نقد هذا التضييق فقرة ٢١٧ من هذا الكتاب .

إجراء من إجراءات الخصومة ؛ سواء أدفع بهذا البطلان أمام محكمة الموضوع وقضت بصحة الإجراء ، أم لم يدفع به ولم يسقط — مع ذلك — حقه في التمسك به لصدور الحكم عليه في غيبته أو لتعلق البطلان بالنظام العام ، فإن عيب الحكم يكون هو بطلان الإجراءات[1] .

وعلى ذلك فاذا دفع ببطلان محضر التحقيق بالبينة مثلا ، في قضية من قضايا وضع اليد وحكم برفض الدفع ، فإنه لا يكون لصاحب الدفع أن يطعن لدى محكمة النقض في حكم المحكمة الاستئنافية ببطلان هذا المحضر ، ولو كان باطلا في واقع الأمر وكان يؤثر بطلانه في الحكم الصادر في موضوع الدعوى ؛ ولكن إذا كان الحكم قد صدر بقبول الدفع و ببطلان الاجراءات فإنه يجوز لخصمه أن يطعن فيه بمخالفة القانون ، ويجوز لمحكمة النقض في هذه الصورة أن تقضي في موضوع الدعوى إذا هي نقضت الحكم وكانت الدعوى صالحة للحكم .

الفصل الثالث

في الطعن بمخالفة حكم سابق

---

٢٠٦ — **في القانون الفرنسي** : نصت المادة ٣٤ من الباب الخامس والثلاثين من الأمر الملكي الصادر في سنة ١٦٦٧ على جواز الطعن في الحكم بطريق الالتماس إذا خالف حكما آخر له قوة الشيء المحكوم به ، متى كان الحكمان صادرين من محكمة واحدة ؛ ونصت على جواز الطعن فيه بطريق النقض للمجلس

---

(١) وهذا هو الرأي الذي ذهبنا إليه في مقالنا « محكمة النقض والابرام المصرية » (مجلة القانون والاقتصاد س ٢ ص ٤٨٧ — ٤٩٠) .

الأعلى (الذى حلت محله محكمة النقض) إذا كان الحكمان صادرين من محكمتين مختلفتين . ثم نص بعد ذلك فى المادة ٤٨٠ من قانون المرافعات على أن مخالفة الحكمين الانتهائيين الصادرين من محكمة واحدة أحدهما للآخر تكون سبباً من أسباب التماس إعادة النظر ، ونص فى المادة ٥٠٤ على أن مخالفة الحكمين الانتهائيين الصادرين من محكمتين مختلفتين أحدهما للآخر تكون سبباً من أسباب الطعن بطريق النقض .

ولقد تساءل الفقهاء الفرنسيون عن المناط فى تقديم الطعن لمحكمة الالتماس أو تقديمه لمحكمة النقض ، أهو كون الحكمين صادرين من محكمة واحدة أم من محكمتين مختلفتين ، كما هو الظاهر من نص المادتين ٤٨٠و٥٠٤ من قانون المرافعات ؟

فرأى تيسييه ومن تابعه أن المادة ٥٠٤ من قانون المرافعات واضحة النص وأن الشارع لا بد أن يكون قد قصد بها صورة الدعوى التى لا يستطاع الطعن فى الحكم الصادر فيها بمخالفته لنص المادة ١٣٥١ لعدم التمسك بحجية الحكم الأول المانعة من قبول الدعوى الثانية ، فجعل مجرد المناقضة بين الحكمين الصادرين من محكمتين مختلفتين سبباً من أسباب الطعن أمام محكمة النقض ، قائماً بذاته ومتميزاً فى حقيقته عن سبب الطعن المبنى على مخالفة الحكم الثانى لنص المادة ١٣٥١ ؛ ولذلك لم يشترط لقبول الطعن بالمناقضة سبق التمسك أمام محكمة الموضوع بحجية الحكم الأول ، كما اشترط ذلك لقبول الطعن المبنى على مخالفة نص المادة ١٣٥١ .

وذهب الكثيرون إلى أن المناط يجب أن يكون هو سبق التمسك بحجية الحكم الأول (أى الدفع فى الخصومة المنتهية بالحكم الثانى بسبق الفصل فى الدعوى) أو عدم التمسك به ؛ فتكون مخالفة الحكمين أحدهما للآخر سبباً من أسباب النقض ولو كانا صادرين من محكمة واحدة ، متى كان قد دفع بهذه الحجية أثناء نظر الدعوى الثانية ورفضت المحكمة هذا الدفع ، وإلا فلا تكون المخالفة

سبباً من أسباب النقض ولو كان الحكمان صادرين من محكمتين مختلفتين ؛ وأما الطعن بالالتماس فلا يكون إلا عند صدور الحكمين من محكمة واحدة مع عدم التمسك أمامها بحجية الحكم الأول . واحتجوا بأن الطعن فى حكم لمخالفته لحكم سابق يشبه الطعن فيه لمخالفته لنص المادة ١٣٥١ من القانون المدنى (المقررة لحجية الأحكام) إن لم يكن هو هو بعينه ، و بأن قضاء محكمة النقض قد استقر على عدم اعتبار حجية الأحكام من النظام العام ، وعلى رفض كل طعن ينبى على مخالفة الحكم لنص المادة ١٣٥١ من القانون المدنى متى لم يكن قد دفع بحجية الحكم السابق له أمام محكمة الموضوع ، وذلك لجدة سبب الطعن[1] . قالوا ولو أخذ بظاهر نص المادة ٥٠٤ وأجيز الطعن أمام محكمة النقض بالتناقض — ولو لم يكن قد دفع أمام محكمة الموضوع بحجية الحكم السابق صدوره فى النزاع — لاستطاع من فاته التمسك بهذه الحجية فأغلق بذلك على نفسه باب الطعن بمخالفة نص المادة ١٣٥١ أن يبتنى طعنه على مخالفة الحكمين أحدهما للآخر ، فيفتح لنفسه باب الطعن بعد أن أغلقه بفعله ، وليس هذا مما يسهل الدفاع عنه[2] . وقالوا كيف يعمل بالرأى المخالف ، فيكون الأمر فى قبول الطعن وعدم قبوله مرتبطاً بمشيئة الطاعن و بالصورة التى يرفع بها طعنه ، إن بنى الطعن على مخالفة نص المادة ١٣٥١ وكان لم يسبق له الدفع بهذه المادة أمام محكمة الموضوع رفض الطعن لجدة السبب ، وإن بناه على المناقضة فى الحكمين تأسيساً له على نص المادة ٥٠٤ قبل الطعن ولو لم يكن قد دفع بحجية الحكم الأول أمام محكمة الموضوع[3] .

---

(١) فاى فقرة ١١٧ ص ١٣٢ و ن . ف ٢٤ ديسمبر سنة ١٨٩٥ (د ٩٥ — ١ — ٣٢١) وع . ف ١١ ديسمبر سنة ١٨٩٥ (د ٩٦ — ١ — ٤٦٦) وبلاسار ص ١٠٦ وآلار فى رسالته فى حجية الشىء المحكوم به ، ولاكوست فقرة ٧٧٩ ، وأوبرى ورو جـ ١٢ ص ٧٦٩ ، وبارتن بالهامش رقم ١٢٦ ، ولارومبيير فقرة ١٦٥ تحت المادة ١٣٥ ، وهوك جـ ٨ فقرة ٣٣٣

(٢) فاى بالمرجع السابق .

(٣) تيسيه ص ٤٨٢ و ٤٨٣ وتعليق سيريه (١٨٥٢ — ١ — ٤٨١)

٢٠٧ — فى القانون البلجيكى : وقد حسم القانون البلجيكى هذا الخلاف بإلغاء نص المادة ٥٠٤ المتقدمة الذكر — اكتفاء بالطعن بمخالفة القانون — فأصبحت محكمة النقض البلجيكية لا تقبل الطعن بالمناقضة فى الحكمين أو بمخالفة نص المادة ١٣٥١ إلا إذا حصل التمسك بحجية الحكم الأول أثناء نظر الدعوى الثانية أمام محكمة الموضوع[١] .

٢٠٨ — فى القانون الايطالى : وقد حسم القانون الايطالى هذا الخلاف بطريقة أخرى حين عد من حالات الرجوع فى الحكم (la voie de révocation المقابل لالتماس إعادة النظر) مخالفته لحكم آخر سبق صدوره فى النزاع عينه و بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الشىء المحكوم فيه ، بشرط ألا يكون هذا الحكم المطعون فيه قد فصل فى الدفع بحجية الشىء المحكوم فيه[٢] . وعد من حالات الطعن بطريق النقض مناقضة الحكم المطعون فيه لحكم آخر سبق صدوره فى النزاع عينه و بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الشىء المحكوم فيه ، بشرط أن يكون الحكم المطعون فيه قد فصل فى الدفع بحجية الشىء المحكوم فيه[٣] .

و بهذين النصين قد أصبح المناط فيما يرفع لمحكمة الرجوع (محكمة الالتماس) وما يرفع لمحكمة النقض ليس هو الدفع بحجية الحكم الأول فحسب ، كما رأت أكثرية الفقهاء الفرنسيين ، بل هو قيام محكمة الموضوع بالفصل فعلا فى الدفع بقوة الشىء

(١) المادة ٢٠ من قانون ٢٥ مارس سنة ١٨٧٦ (شويفن ص ٨٩٧) وسيمونيه فقرة ١٩٦ و ١٩٧

(٢) راجع الفقرة الخامسة من المادة ٤٩٥ من القانون الايطالى الصادر فى ٢ يونيه سنة ١٨٦٥ ، وقد أورد بلاسار (ص ٢٠٥) ترجمتها الفرنسية هكذا : Si la sentence est contraire à une autre sentence précédente passée en force de chose jugée, prononcée entre les mêmes parties, sur le même objet, à condition qu'elle n' ait pas également prononcé sur l'exception de chose jugeé.

(٣) الفقرة الثامنة من المادة ٥١٧ من القانون الايطالى السابق الذكر ، وقد أورد بلاسار(ص ٢٠٥) ترجمتها هكذا : Si la sentence est contraire à une autre sentence prononcée entre les mêmes parties sur le même objet et passée en force de chose jugée, à condition qu'elle ait prononcé sur l'exception de chose jugeé.

المحكوم فيه أو بعدم الفصل فيه[1] .

٢٠٩ — فى القانون المصرى : ولقد انتهج الشارع المصرى نهجاً آخر فى قانون المرافعات ، فلم يجعل التناقض بين الحكمين من أسباب التماس إعادة النظر وإنما نص فى المادة ٣٥٢ على جواز استئناف الأحكام الانتهائية الصادرة من محاكم الدرجة الأولى على خلاف أحكام سابقة لها . ولما أنشئت محكمة النقض لم يكتف بدخول صور التناقض فى عموم نص المادة التاسعة من قانون محكمة النقض وهى المادة التى أجاز بمقتضاها الطعن فى أحكام محاكم الاستئناف إذا بنيت على مخالفة للقانون أو على خطأ فى تطبيقه أو فى تأويله ، على اعتبار أن عدم الأخذ بحجية الشىء المحكوم به هو مخالفة للقانون فيما نص عليه بالمادة ٢٣٢ من القانون المدنى — لم يكتف بذلك ولا بدخول بعض صور التناقض الأخرى فى عموم نص المادة ٣٥٢ مرافعات ، ثم لاحظ من جهة أخرى قصور التشريع عن معالجة صور التناقض جميعاً ؛ فجعل الطعن أمام محكمة النقض بمخالفة الحكم السابق حالة مستقلة عن حالة الطعن بمخالفة القانون ؛ وأجاز الطعن فى الحكم الثانى بمخالفته الحكم السابق له ، ولو لم يكن صادراً من إحدى محاكم الاستئناف ؛ واستبدل طريق النقض بطريق الاستئناف فى بعض صور التناقض التى كان الاستئناف جائزاً فيها . فنص فى المادة ١١ من القانون على أن للخصوم أن يطعنوا أمام محكمة النقض فى أى حكم انتهائى (en dernier ressort) — أياً كانت المحكمة التى أصدرته — فصل فى نزاع خلافاً لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم

(١) وفى هذا يختلف مذهب التشريع الايطالى عن مذهب التشريعين الفرنسى والمصرى ، إذ ليس الدفع بسبق الفصل فى الدعوى — عندنا — من قبيل الطلبات التى يجيز سكوت المحكمة عن الفصل فيها الطعن فى حكمها بالتماس إعادة النظر ، بل هو من وسائل الدفاع التى يعد سكوت الحكم عنها قضاء ضمنياً برفضها ، فيكون طريق التظلم من هذا القضاء الضمنى هو الطعن فيه بالنقض ، على أساس أنه قد جاء مخالفاً للقانون أو على أساس أنه وقع باطلا لخلوه من الأسباب التى بنى عليها .

وحاز قوة الشيء المحكوم به[1] passé en force de chose jugée ، سواء أدفع بهذا الدفع الأخير أم لم يدفع به .

وإذن فالمادة ١١ تشترط : (١) أن يكون الحكم السابق قد حاز قوة الشيء المحكوم به قبل صدور الحكم الثانى (٢) وأن يكون الحكم الثانى قد صدر انتهائيا ، أيا كانت المحكمة التى أصدرته (٣) وأن يكون الحكمان صادرين بين الخصوم أنفسهم فى النزاع عينه .

ولكن هذه المادة تصرح — من جهة أخرى — بعدم اشتراط أن يكون قد دفع بحجية الشيء المحكوم به أمام محكمة الموضوع .

الشرط الأول (كون الحكم السابق قد حاز قوة الشيء المحكوم به) : ومعنى كون الحكم السابق حائزاً لقوة الشيء المحكوم به أن يكون قد صدر غير قابل للطعن فيه بالطرق العادية (المعارضة والاستئناف) أو صدر انتهائيا أو ابتدائيا وفاتت مواعيد الطعن فيه بهذه الطرق . فإن كان ابتدائيا أو غيابيا ولما تنقض مواعيد الاستئناف أو المعارضة وقت صدور الحكم الثانى فلا سبيل للطعن فى هذا الحكم طبقا للمادة ١١ من القانون . ولم يحذ الشارع المصرى فى اشتراط هذا الشرط حذو الشارع الفرنسى فيما نص عليه بالمادة ٥٠٤ من قانون المرافعات ، ولا حذو الفقهاء الفرنسيين[2] فيما ذهبوا إليه من أن الظاهر من نصها أنها تشترط

---

(١) وقد استعمل شارعنا عبارة passé en force de chose jugée فى المادة ٦٩٥/٥٧١ من القانون المدنى مقابلة لعبارة « حكم صادر انتهائيا » وفى المادة ٤٤٩/٣٩١ من قانون المرافعات مقابلة لعبارة « حكم صار فى مثابة حكم بتى » وفى المادة ٢٣٢ و ٢٩٧ من القانون المدنى مقابلة لعبارة « الأحكام التى صارت انتهائية » .

(٢) وغالبية الفقهاء يذهبون إلى عدم اشتراط الانتهائية فى الحكم الأول . ويقول جارسونيه إن بنص المادة ٥٠٤ فساداً فى التحرير ، وإنه لو أخذ بظاهره لأغلق باب الطعن على من يكون قد صدر الحكم الأول فى مصلحته إذا كان قد صدر بصفة ابتدائية ، فلم يكن عليه هو أن يطعن فيه (ليجعله صادراً بصفة انتهائية عملا بنص المادة المذكورة) قبل صدور الحكم الثانى . ويضرب المثل الآتى : رجل طالب آخر بدين له قيمته ١٦٠٠ فرنك ، فحكم له به ابتدائيا ثم مات الدائن والمدين ، وطالب وارث الدائن وارث المدين بالدين (على غير علم بالحكم) =

أن يكون الحكمان صادرين بصفة انتهائية (en dernier ressort)[(١)] .

أما إذا لم يكن الحكم السابق قد حاز بعد قوة الشيء المحكوم به فان الحكم الثانى لا يطعن فيه إلا وفق القواعد العامة ، أى بالاستئناف إن كان صادراً من إحدى محاكم الدرجة الأولى (عملا بالمادة ٣٥٢ مرافعات) ، وبالنقض إن كان صادراً من محكمة استئناف (عملا بالمادة ٩ من قانون محكمة النقض) أو من محكمة ابتدائية بهيئة استئنافية فى قضية وضع يد أو فى مسألة اختصاص (عملا بالمادة العاشرة من هذا القانون) وذلك على اعتبار أن القضاء على خلاف حكم سابق فيه إنكار لحجية ذلك الحكم ، وهو خطأ فى القانون[(٢)] .

= فقضى نهائيا برفض الدعوى ، قال : فاذا أراد من حكم برفض دعواه الطعن بطريق النقض بتناقض الحكمين فهل يرد عليه بأن طعنه غير مقبول بحجة أن الحكم الأول لايزال ابتدائيا مع أنه ما كان على مورثه أن يطعن فيه لصدوره فى مصلحته ؟ (جارسونيه ص ٦٨٧ و ٦٨٨) وانظر كذلك تيسييه (ص ٤٨٢ وهامش ٢ و ص ٤٣١)

(١) ومعنى كون الحكم انتهائيا (en dernier ressort) أنه قد صدر من محكمة من محاكم الدرجة الثانية أو صدر من محكمة من محاكم الدرجة الأولى غير قابل للاستئناف ، سواء أكان فى الحالتين حضوريا أم غيابيا . فلا يلزم فى القانون المصرى أن يكون الحكم السابق قد صدر بصفة انتهائية بالمعنى السابق الذكر ، ولا يكفى أن يكون قد صدر كذلك ، بل يجب أن يكون حائزاً قوة الشيء المحكوم به بالمعنى السابق لهذه العبارة الواردة بالمتن .

(٢) والمقصود بحجية الشيء المحكوم به l'autorité de la chose jugée اعتبار الحكم القطعى مطابقاً للحقيقة ومانعاً بذلك من إعادة النظر فى موضوع الحق الثابت به . والرأى الراجح المعمول به فى فرنسا أن الحكم تكون له هذه الحجية ولو صدر ابتدائيا أو غيابيا ، وتبقى له هذه الحجية إلى أن تزول بحصول الطعن فيه بالطرق العادية أو بالغائه نتيجة ذلك الطعن .

وبهذا يتضح الفرق بين عبارة « حجية الشيء المحكوم به » وعبارة « حيازة الحكم قوة الشيء المحكوم به » (جارسونيه جـ ٣ فقرة ٧٠٣ ، وجلاسون جـ ١ فقرة ٥٧٤ وجابيوت فقرة ١٤٣ وموريل رقم ٥٧٨ وسيزار برو فقرة ٤١٣ وبلاسار ص١٢ وما بعدها)

ويلاحظ أنه قد جرى الاصطلاح فى مصر على التعبير بقوة الشيء المحكوم به عن معنى حجية الأحكام ، كما جرى التعبير بالحكم النهائى أو الانتهائى عن معنى الحكم الذى لا يجوز الطعن فيه بالطرق العادية .

هذا وإذا كانت المادة ٢٣٢ من القانون المدنى لم تستعمل إلا عبارة « الأحكام التى صارت انتهائية » على خلاف المادة ١٣٥١ من القانون المدنى الفرنسى التى استعملت عبارة « حجية الأحكام » فانها مع ذلك قد تعنى الأحكام التى استكملت حجيتها بعدم جواز الطعن فيها بالطرق العادية ، فلم تنف الحجية المؤقتة التى قررها القانون الفرنسى وفقهه وقضاؤه للأحكام القطعية التى لا يزال الطعن فيها بالطرق العادية ممكناً . وإذن فما دامت هذه الحجية المؤقتة قائمة فالحكم الذى ينكرها يكون قد خالف القانون ويجوز الطعن فيه بالنقض وفق القواعد العامة .

الشرط الثالث (كون الحكم الثانى قد صدر انتهائيا) : واشتراط هذا الشرط ظاهر ومتمش مع الأصل العام القاضى بعدم جواز الطعن بالطرق الغير الاعتيادية فى الأحكام الصادرة من محاكم الدرجة الأولى (ولو كانت مواعيد الطعن فيها بالطرق العادية قد انقضت) .

غير أن النص على جواز الطعن بالنقض فى الحكم أيا كانت المحكمة التى أصدرته يبعث على التساؤل عما إذا كانت المادة ١١ من قانون النقض قد أبطلت المادة ٣٥٢ مرافعات التى تجيز الطعن بالاستئناف فى الأحكام الانتهائية الصادرة من محاكم الدرجة الأولى على خلاف أحكام سابقة ، أم لم تبطلها ولكن خصصتها بصور دون أخرى ، وما هى تلك الصور التى بقيت على حكم المادة ٣٥٢ والصور التى دخلت فى عموم نص المادة ١١ المتقدمة الذكر ؟

قد استهلت المذكرة الإيضاحية شرح المادة ١١ من القانون بالتقرير بأن الاستئناف المنصوص عليه فى المادة ٣٥٢ مرافعات ليس فى الحقيقة إلا حالة خاصة من حالات النقض ، ثم قالت : « ولذلك ينبغى إدخاله أيضاً فى اختصاص محكمة النقض » ثم استدركت فقالت : « غير أن هذا الطعن بحسب ما نص عليه فى المادة ٣٥٢ لا يمكن رفعه عن حكم صادر من محكمة استئناف حيث يكون التناقض حاصلا بين حكمين من محاكم الاستئناف أو بين حكم صادر من محكمة استئناف وحكم سابق له صادر من محكمة ابتدائية وحائز لقوة الشئ المحكوم به ، وذلك عملا بالقاعدة المعروفة « بأن لا استئناف للحكم الاستئنافى » ولهذا يجب لرفع الحكم الأخير إلى محكمة أعلى من التى أصدرته أن ينص أيضاً على جواز ذلك ، و بناء عليه نقلت المادة ١١ حكم المادة ٣٥٢ مع التوسيع فيه » .

ولا تفهمن مما تقدم أن الشارع قد ألغى المادة ٣٥٢ واستبدل بها المادة ١١ ، لأن قانون محكمة النقض لم ينص على هذا الإلغاء بل لم يشر إليه فيما ألغاه أو عدله من نصوص القوانين المختلفة ، ولا يمكن أن يكون قد أراده ثم سها عنه .

ولما كان لا يصح فى النظر الفقهى أن يكون لمن يبتغى رفع التناقض بين الحكمين ، الخيار بين أن يستأنف الحكم الثانى و بين أن يطعن فيه بطريق النقض ، ولا أن يقال بتدخل حكم المادة ٣٥٢ مرافعات والمادة ١١ من قانون محكمة النقض إحداهما فى الأخرى ، فالمتعين القول به هو إذن أن لكل منهما حالات خاصة تنطبق عليها هى وحدها .

ولما كانت المادة ٣٥٢ تجيز استئناف الحكم الصادر انتهائيا من محكمة الدرجة الأولى على خلاف حكم سابق بغير أن تشترط كون الحكم السابق قد حاز قوة الشئ المحكوم به[1] ، وكانت المادة ١١ تجيز الطعن بطريق النقض فى أى حكم انتهائى — أيا كانت المحكمة التى أصدرته — صدر على خلاف حكم سابق ، بشرط أن يكون هذا الحكم قد حاز قوة الشئ المحكوم به ، فان الاستئناف يكون هو الطريق الوحيد للطعن فى الحكم الثانى[2] إذا كان صادراً انتهائيا من محكمة من محاكم الدرجة الأولى وكان الحكم السابق ابتدائيا أو غيابيا ولم يصبح بعد حائزا قوة الشيء المحكوم به . ويكون الطعن بالنقض هو الطريق الوحيد فى الحكم الثانى ، ولو كان صادراً من إحدى محاكم الدرجة الأولى ، كلما كان الحكم السابق

(١) وفضلا عن أن نص المادة ٣٥٢ مرافعات لا يصف الحكم السابق صدوره بأنه قد حاز قوة الشيء المحكوم به ، فانه يمكن الاستدلال باشارة ما جاء فيها من قولها « ويرفع الحكم الأول إلى المحكمة الابتدائية أو إلى محكمة الاستئناف » إذا فسرت هذه العبارة وفق عبارة المادة ٣٩٧ من قانون المرافعات المختلط التى هى « ويرفع الحكم الأول إلى محكمة الاستئناف ما لم يكن قد حاز وقت الاستئناف قوة الشيء المحكوم فيه » — يمكن الاستدلال بهذه الاشارة على أن الحكم الأول قد يكون فى بعض الصور غير حائز لقوة الشيء المحكوم به وأن ذلك لا يمنع استئناف الحكم الثانى الصادر على خلافه (العشماوى بك جـ ٢ رقم ٨١٠ وأبو هيف ص ٨٨٧ وهوامشها) .

(٢) وما دام يجوز الدفع لأول مرة لدى محكمة الاستئناف بحجية الحكم الأول فلا يشترط أن يكون المستأنف قد تمسك أمام محكمة الدرجة الأولى بهذه الحجية . على أنه إذا كان قد صدر منه أمام محكمة الدرجة الأولى ما يدل على تنازله عن التمسك بهذه الحجية عالماً بصدور الحكم الأول فان استئنافه يكون غير مقبول ، بداهة (دسرتو وعبد الفتاح بك السيد ص ٤٣٣ لغاية ص ٤٣٥)

قد حاز قوة الشىء المحكوم به . وإذن فكل مادة من هاتين المادتين قد خصصت أختها فى واقع الأمر فيما جاءت الأخرى بعمومه ، وصار بينهما عموم من وجه وخصوص من وجه .

وعلى هذا التأويل لايقبل الطعن بالاستئناف ولا بالنقض فى الحكم الثانى إذا كان صادراً استئنافيا من محكمة ابتدائية وكان الحكم السابق غير حائز قوة الشىء المحكوم به .

الشرط الثالث (كون الحكمين صادرين بين الخصوم أنفسهم فى النزاع عينه) : وهو اشتراط ظاهر ، فيجب إذن أن يكون بين الدعويين وحدة الموضوع ووحدة السبب ووحدة الخصوم .

عدم اشتراط حصول التمسك بالحكم الأول : قد أسلفنا أن القانون الفرنسى عد التناقض بين الحكمين من أحوال التماس إعادة النظر ومن حالات الطعن بطريق النقض ، وأن الفقهاء الفرنسيين قد ذهبوا إلى أن المناط فى اعتباره من أحوال الطعن بطريق النقض هو حصول الدفع بحجية الحكم السابق أمام محكمة الموضوع ، فاستوى عندهم بذلك الطعن بالتناقض أمام محكمة النقض والطعن فى الحكم الثانى بمخالفته للقانون فى وجوب اشتراط التمسك بحجية الحكم الأول أمام المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه ، كما هو الشأن فى سائر الدفوع غير المتعلقة بالنظام العام .

أما الشارع المصرى فقد جمع صور التناقض بين الحكمين — إلا ما استبقاه على حكم جواز الطعن فيه بالاستئناف — وجعلها حالة متميزة عن حالة الطعن بمخالفة القانون ، حيث صرح فى المادة ١١ من القانون بجواز الطعن بالتناقض سواء أكان الطاعن قد دفع أمام محكمة الموضوع بحجية الحكم الأول أم لم يدفع به ، وهو فى تصريحه هذا قد خالف تلك القاعدة المانعة من التمسك بالأسباب الجديدة أمام محكمة النقض .

ويتفرع على ذلك أنه إذا كان الحكم الثانى صادراً انتهائيا من أية محكمة من المحاكم جاز الطعن فيه بالنقض طبقاً للمادة ١١ ولو لم يسبق تقديم الحكم الأول ولا الاحتجاج به أمام محكمة الموضوع[1] . أما إذا كان صادراً من إحدى محاكم الاستئناف ، جاز الطعن فيه أيضاً بالنقض لمخالفته حجية الشيء المحكوم به ، وإن لم يكن الحكم السابق قد حاز قوة الشيء المحكوم به ، بشرط أن يكون قد سبق له تقديم هذا الحكم والاحتجاج به أمام محكمة الموضوع ، عملا بالقاعدة العامة القاضية بعدم قبول الأسباب الجديدة أمام محكمة النقض .

ولا تفهمن من نص المادة ١١ أن الدفع بحجية الحكم الأول قد أصبح من قواعد النظام العام ، لأن كل ما أراده الشارع هو تجويز الطعن بالتناقض سواء أكان قد دفع بحجية الشيء المحكوم به أمام محكمة الموضوع أم لم يدفع به ، وعدم اعتبار هذا الدفع من الأسباب الجديدة إذا لم يكن قد دفع به ، اعتباراً فى ذلك بشناعة التناقض بين الأحكام وضرورة رفعه بأداة قانونية صالحة[2] .

---

(١) ن . م . م ٢ مايو سنة ١٩٣٥ (المحاماة س ١٦ رقم ١ ص ١) وقاعدته : إذا كان الحكم المطعون فيه لم يذكر ضمن أسبابه أن الطاعن تمسك لدى محكمة الاستئناف بحجية حكم سبق صدوره فى الشيء المطروح بين الخصوم أنفسهم ، فان للطاعن مع ذلك أن يطعن لدى محكمة النقض فى هذا الحكم لمجيئه مخالفاً للحكم السابق صدوره الحائز لقوة الشيء المحكوم به ، وذلك بالتطبيق للمادة ١١ من قانون محكمة النقض .

(٢) قدمنا أن القضاء الفرنسى يشترط لجواز الطعن فى الحكم بالنقض لصدوره على خلاف حكم سابق — طبقاً للمادة ٥٠٤ مرافعات — أن يكون قد حصل الدفع بحجية هذا الحكم أمام محكمة الموضوع ، ويشترط لجواز الطعن فى الحكم الثانى بطريق الالتماس (إذا كان الحكم السابق صادراً من نفس المحكمة) ألا يكون قد حصل التمسك أمام المحكمة بحجية الحكم السابق طبقاً للمادة ٤٨٠ مرافعات . وينتج من ذلك أنه إذا كان الحكم السابق صادراً من محكمة أخرى ولم يحصل التمسك به أمام المحكمة التى أصدرت الحكم الثانى فلا يجوز فى فرنسا الطعن فى هذا الحكم الثانى لا بطريق النقض ولا بطريق التماس إعادة النظر . وعلى ذلك يكون الشارع المصرى بقوله فى المادة ١١ « سواء أدفع بهذا الأخير (بحجية الحكم السابق) أم لم يدفع به » قد قصد التعميم فأجاز الطعن بالنقض فى جميع أحوال التناقض بين الأحكام الانتهائية ، سواء ما يكون منها فى فرنسا سبباً للطعن بالنقض أو سبباً للطعن بالتماس إعادة النظر أو لا يقبل فيه الطعن بأى طريق منهما .

وإذن فليس لقاضى الموضوع أن يثير الدفع بحجية الحكم الأول من تلقاء نفسه ويحكم بعدم قبول الدعوى ، وليس ما يمنع محكمة النقض من أن تحكم بعدم قبول الطعن إذا تبين أن من له الحق فى الدفع بهذه الحجية قد تنازل عنه صراحة أو دلالة قبل صدور الحكم المطعون فيه ، حيث يكون هذا الحكم الأخير هو وحده القائم فى الدعوى ؛ أو كان قد قبل الحكم الثانى بعد صدوره ، حيث يصبح الطعن فيه غير جائز قانوناً [١] .

---

(١) سبق أن أبدينا آراءنا هذه فى تفسير المادة ١١ فى مقالنا « محكمة النقض والابرام المصرية » (مجلة القانون والاقتصاد س ٢ ص ٤٨٠ — ٤٨٣) .



الكتاب الثاني

في أركان الطعن وشروطه وآثاره



الباب الاول

فى الأحكام التى يجوز الطعن فيها

الفصل الأول

فى بيان هذه الأحكام بالجملة

---

٢١٠ — **فى القانون الفرنسى** : نصت المادة الثانية من الأمر العالى الصادر فى أول ديسمبر سنة ١٧٩٠ على أن من وظائف مجلس النقض والإبرام الفصل فى طلبات النقض المرفوعة عن الأحكام الانتهائية (en dernier ressort) وصرحت المادة الرابعة منه بالطعن بالنقض فى الأحكام الصادرة عن قضاة الصلح ، ثم أضافت المادة ١٩ من دستور ٣ س سنة ١٧٩١ إلى نص المادة الثانية المتقدمة الذكر بعد قولها « الأحكام الانتهائية » قولها « الصادرة عن المحاكم » ، ثم أجاز قانون ٢٧ فنتوز سنة ٨ الطعن فى أحكام قضاة الصلح لعدم الاختصاص أو لتجاوز السلطة (pour incompétence et excès de pouvoir) ثم جاءت المادة ١٤ من قانون ٢٥ مايو سنة ١٨٣٧ فأجازت استئناف الأحكام الصادرة عن قضاة الصلح فى مسائل الاختصاص أية كانت قيمة الدعوى ، فصار الطعن فيها بطريق النقض غير جائز ، ونصت المادة ١٥ منه على جواز الطعن بالنقض فى أحكام أولئك القضاة لتجاوز السلطة ، ثم أجازت الفقرة الخامسة من المادة ١٥ من قانون ١٥ أبريل سنة ١٨٩٨ المعدلة بقانون ٣١ مارس سنة ١٩٠٥ الطعن فى أحكامهم الصادرة فى « القضايا المتعلقة بأحداث العمل en matière

« d'accidents de travail » لمخالفة القانون فضلا عن تجاوز السلطة ، ثم ألغيت المادة ١٥ المتقدمة الذكر بقانون ٢٢ ديسمبر سنة ١٩١٥ واستبدلت بها مادة أخرى أجازت الطعن فى أحكام قضاة الصلح لمخالفة القانون أو لتجاوز السلطة[(١)] .

وقد فهم من هذه النصوص أن الأصل عندهم هو جواز الطعن فى الأحكام الانتهائية الصادرة عن جميع طبقات المحاكم ، وأن الاستثناء هو عدم الجواز[(٢)] .

أما فى بلجيكا فقانون ٢٥ مارس سنة ١٨٧٥ قد أزال القيود التى كانت تمنع الطعن فى الأحكام الصادرة عن قضاة الصلح ، ومنذ صدور هذا القانون أصبحت هذه الأحكام مما يجوز الطعن فيها بمخالفة القانون و بالبطلان و بتجاوز السلطة[(٣)] .

---

(١) ملحق تعليقات دالوز ص ١٦٥ هامش ١

(٢) تيسيه فقرة ٩٣٧ ص ٤٥٣ و ع . ف ١٢ يناير سنة ١٩١٥ (د ٩١٦ — ١ — ١٣) و ن . ف ٢٨ نوفبر سنة ١٩٢١ (د ٩٢١ — ١ — ٢٣١) وفاى فقرة ٣١ و ٣٢

(٢ مكرر ١) نص قانون ١٥ يوليه سنة ١٩٠٥ وقانون ٢٧ مارس سنة ١٩٠٧ على جواز الطعن فى الأحكام الصادرة عن مجالس الحرف conseils de prud'hommes (إلا مجالس الصيادين المأذون لها فى عدم كتابة أحكامها) فى حالتى مخالفة القانون وتجاوز السلطة ؛ أما الأحكام التى تصدرها المحاكم الابتدائية فى قضايا استئناف أحكام هذه المجالس فيجوز الطعن فيها لعدم الاختصاص أو لتجاوز السلطة أو لمخالفة القانون (تعليقات دالوز فقرة ١٨٩و١٩٠ و ١٩١)

(٢ مكرر ٢) وقد أخضع قانون ١٧ أبريل سنة ١٩٠٦ أحكام المجالس العسكرية فى زمن السلم لرقابة محكمة النقض (تعليقات دالوز فقرة ٤٧و٤٨ ومجموعة دالوز الدورية ١٩٠٦ — ٤ — ٩٨)

(٢ مكرر ٣) ولذا عد الفقهاء الفرنسيون من قبيل الاستثناء نص المادة ٥٨٣ من القانون التجارى المقابلة للمادة ٣٩٥ من القانون الأهلى (فيما جاء به من عدم جواز الطعن بأى طريق من طرقه فى الأحكام المتعلقة بتعيين أو استبدال مأمور التفليسة أو وكلاء المداينين ولا فى الأحكام الصادرة بالإفراج عن المفلس أو باعطاء إعانة له أو لعائلته ولا فى الأحكام التى صرح فيها ببيع الأمتعة والبضائع التى للتفليسة ، ولا فى الأحكام الصادرة بتأخير عمل الصلح أو بتقدير الديون المتنازع فيها تقديراً مؤقتاً ولا فى الأحكام الصادرة فى التظلم من الأوامر التى أصدرها مأمور التفليسة فى حدود وظيفته) وكذلك عدوا نص المادة ٧٠٣ من قانون المرافعات (المقابلة للمادة ٥٨٥ من القانون الأهلى) فيما جاءت به من عدم جواز الطعن بأى طريق ما فى الأحكام المتضمنة مجرد تأخير البيع (فاى ص ٥٧)

(٣) سيمونيه فقرة ٧ وهامش ٢ و ن . ب ٦ فبراير سنة ١٩٣٠ (باسكريزى — ١ — ٨٧)

٢١١ — فى القانون المصرى : أما القانون المصرى فلم يجز الطعن بطريق النقض إلا فى الأحكام الآتية :

أولاً — جميع الأحكام الصادرة عن محاكم الاستئناف فى جميع حالات الطعن الأربع وهى : (١) مخالفة القانون أو الخطأ فى تطبيقه أو فى تأويله . (٢) وقوع بطلان جوهرى فى الحكم (٣) وقوع بطلان فى الإجراءات مؤثر فى الحكم (٤) الفصل فى نزاع خلافاً لحكم سبق صدوره فيه بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الشىء المحكوم به (المادتان ٩ و ١١ من قانون محكمة النقض) .

ثانياً — الأحكام الصادرة عن المحاكم الابتدائية فى قضايا استئناف أحكام المحاكم الجزئية إذا كانت القضية من قضايا وضع اليد ، أو كان الحكم صادراً فى مسألة اختصاص بحسب نوع القضية أو اختصاص بحسب أحكام المادتين ١٥ و ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية ، وذلك فى حالة واحدة هى مخالفة القانون أو الخطأ فى تطبيقه أو فى تأويله (المادة ١٠ من القانون)[١] .

ثالثاً — الأحكام الانتهائية الصادرة عن المحاكم الابتدائية — أيا كان نوع القضية وموضوعها — إذا فصلت فى نزاع خلافاً لحكم سبق صدوره بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الشىء المحكوم به (المادة ١١ من القانون)[٢] .

رابعاً — الأحكام الانتهائية الصادرة عن المحاكم الجزئية — أيا كان نوع القضية وموضوعها — إذا فصلت فى نزاع خلافاً لحكم آخر سبق صدوره بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الشىء المحكوم به (المادة ١١ من القانون)[٣] .

٢١٢ — تعليل هذا التضييق ونقده : وفى هـذا الذكر تضييق ظاهر

(١) و (٢) ن . م . م ٢ مايو سنة ١٩٣٥ (المحاماة س ١٦ رقم ٤ ص ٦)
(٣) وتنص المادة ٤٢٧ من قانون المرافعات التركى الصادر فى ١٨ يونيه سنة ١٩٢٧ على جواز الطعن فى جميع الأحكام الانتهائية الصادرة من المحاكم الأساسية ومن محاكم الصلح ، إلا ما كانت قيمة النزاع فيه لا تبلغ ألفى قرش ؛ وللنائب العام مع ذلك أن يطعن فى الأحكام الصادرة فى هذه القضايا الأخيرة لمصلحة القانون (راجع ترجمة ديزو طبعة سنة ١٩٢٨)

تقول المذكرة الإيضاحية فى تعليله : « إنه لا يحسن فى بدء الأمر أن تكون الطعون بطريق النقض كثيرة فى المواد المدنية والتجارية ، إذ يجب ألا تزدحم محكمة النقض منذ أول عهدها بعدد كثير من تلك الطعون . ولذلك نص فى القانون (المادة ٩) مبدئيا على ألا يقبل الطعن بطريق النقض إلا فى الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف . . . وقد يكون فى هذا التضييق شىء من المضار من حيث توحيد القضاء ، ولكنه تضييق تدعو الضرورة إليه فى البدء حتى تتمكن المحكمة الجديدة من السير فى طريقها قبل أن تتوسع فى أعمالها » . ثم تقول فى تعليل ما أجاز القانون الطعن فيه استثناءً من أحكام المحاكم الابتدائية والجزئية ما نصه : « ومع ذلك رؤى أن يستثنى من هذه القاعدة أحكام المحاكم الصادرة فى استئناف الأحكام الجزئية متى كانت متعلقة بالاختصاص أو بقضايا وضع يد . وذلك لأن مسائل اختصاص القاضى الجزئى ما كانت لتعرض قط على محكمة النقض والإبرام لو كانت تلك الأحكام التى تفصل فيها استئنافيا لا يقبل الطعن فيها أمام هذه المحكمة . ولا يخفى أن هناك مصلحة كبرى فى أن تختص محكمة النقض بالفصل فى جميع المسائل المتعلقة باختصاص القضاء فى كل درجاته . أما قضايا وضع اليد فإن ما لها من الأهمية بالنسبة للخصوم وما تثيره من النقط القانونية الدقيقة يجوز إحالة الأحكام التى تصدرها فيها المحاكم الابتدائية على محكمة النقض والإبرام ، (ويلاحظ أن أحكام القاضى الجزئى المختلط فى هذه المواد تستأنف أمام محكمة الاستئناف رأساً) »[1] .

فهذا التضييق الذى جاء به القانون المصرى لم يكن مقصوداً لذاته ، ولا ملحوظاً فيه أى اعتبار متعلق بطبيعة وظيفة محكمة النقض ، وإنما دعت إليه تلك الضرورة التى أشارت إليها المذكرة الإيضاحية كما رأيت .

٢١٣ — على أننا إذا سلمنا بأن ما يعرض أمره على المحاكم الابتدائية —

---

(١) المذكرة الايضاحية ص ٢٢ — ٢٣

وتستأنف أحكامه لدى محاكم الاستئناف — من المسائل القانونية لا يخرج كثيراً عن نوع ما يعرض منها على المحاكم الجزئية ، ولاحظنا أنه قد أبيح استثناء الطعن فى أهم ما تفصل فيه المحاكم الابتدائية انتهائيا من دعاوى وضع اليد والمسائل المتعلقة باختصاص المحاكم ، فقد ندرك سر تسامح المشرع « فى ذلك الشىء من المضار » الذى قد يحدثه هذا التضييق « من حيث توحيد قضاء المحاكم » . لكن توحيد قضاء المحاكم ليس هو الغرض الوحيد من إنشاء محكمة النقض ، بل إن من أغراضها أيضاً إبطال الأحكام المخالفة للقانون تحقيقاً لمصلحة المتقاضين أنفسهم . ثم إنه لا يكفى لتوحيد قضاء المحاكم أن تقرر محكمة النقض القواعد الصحيحة فى مختلف المسائل القانونية ، بل يجب — لاستقرار القضاء حقيقة — تمكين محكمة النقض من نقض كل حكم يصدر مخالفاً لما استقر عليه رأيها . فبهذه الوسيلة وحدها تلتزم المحاكم على اختلاف درجاتها باتباع الرأى الصحيح فيتحقق بذلك توحيد القضاء واستقراره . ولما كان عدد القضايا التى ترفع إلى المحاكم الجزئية وتستأنف الأحكام الصادرة فيها أمام المحاكم الابتدائية أكثر من القضايا التى ترفع إلى المحاكم الابتدائية وتستأنف الأحكام فيها أمام محاكم الاستئناف ، وكان احتمال وقوع قضاة المحاكم الابتدائية فى الخطأ أكبر من احتمال وقوع قضاة محاكم الاستئناف فيه ، فإن مصالح المتقاضين أمام تلك المحاكم تبقى — بحظر الطعن فى أحكام المحاكم الابتدائية كقاعدة عامة — غير مصونة الصيانة الكافية ، وتبقى الفائدة التى يجنيها القضاء من إنشاء محكمة النقض محصورة فى أضيق الدوائر ، بل يبقى النظام القضائى — كما كان عند العمل بنظام الدوائر المجتمعة بمحكمة الاستئناف — مفتقرا إلى ما يلزم المحاكم الابتدائية باتباع القواعد القانونية التى تقررها المحكمة العليا ، فلا يتحقق على الوجه الأكمل ما قصده المشرع من توحيد القضاء فى المسائل القانونية .

ومع ذلك فلنفترض فى المحاكم الابتدائيـــة الرغبة الصادقة فى اتباع القواعد

التى تقررها المحكمة العليا ؛ فبأى الآراء تهتدى فى شأن المسائل التى لما يتفق عرضها بعد على محكمة الاستئناف ثم على محكمة النقض ؟ لابد من أنها تستقل فيها بالرأى ، وحينئذ فلا بد من اختلاف الآراء . وهذا الاختلاف مع ما قد يقع فيه من الأخطار والأضرار ، يبقى ولا علاج له حتى ترفع المسألة إلى محكمة الاستئناف ثم إلى محكمة النقض لتقطع فيها برأى . ولعله لهذا السبب يسير توحيد القضاء فى مصر سيراً أبطأ مما تستلزمه الحال فيها من التعجيل فى تقرير القواعد القانونية الصحيحة .

يضاف إلى هذه الاعتبارات أن هناك نوعاً من الخطأ فى القانون لا يجدى فى تجنبه توحيد القضاء واستقرار المبادئ القانونية ، ولا يصلحه فى القضايا التى يقع فيها سوى محكمة عليا تسهر على تقويمه : ذلك هو الخطأ فى الإجراءات المؤدى إلى بطلان الحكم فإن هذا الخطأ تقع فيه المحاكم الابتدائية سهواً أو قصداً ، ويبقى البطلان المترتب عليه قائماً بغير ما إصلاح ، ولا يمنع من تكرار الوقوع فيه استقرار القضاء .

لهذا رجونا فى مقالنا « محكمة النقض والإبرام المصرية » أن يعدل الشارع عن هذا التضييق فيبادر إلى إباحة الطعن بالنقض فى أحكام المحاكم الابتدائية فى كل الأحوال ، أسوة بأحكام محاكم الاستئناف . ولا محل لما خيف منه من ازدحام محكمة النقض بالقضايا الكثيرة بعد أن ظهرت قلة الطعون المرفوعة إليها وصار مرغوباً فى توسيع اختصاصها ، حتى تضاعف ما تبذله من جهد فى سبيل الغرض الجليل الذى أنشئت من أجل تحقيقه ، مسرعة الخطى فى الوصول إليه[١] .

---

(١) وقد ساعد على قلة الطعون المقدمة فداحة الرسوم القضائية وعظم مبلغ الكفالة التى يجب على رافع النقض إيداعها وقت التقرير بالطعن . وقد اقترح تعديل مبلغ الكفالة وجعل الحكم بمصادرتها جوازيا وتنقيص الرسوم ، فرفض الاقتراح الأول وقبل الثانى والثالث وعدلت بعض مواد القانون (فقرة ٢٩٠ من هذا الكتاب) .

وقد بلغ عدد القضايا المقدمة إلى محكمة النقض فى سنواتها الست (لغاية أكتوبر سنة ١٩٣٦) ٥٤٢ قضية (٣٤ و ١٤٢ و ١٦٨ و ١٨٨ و ٢١٥ و ١٧٧ على التوالى) والقضايا المحكوم فيها ٤٣٨ (٦١ فى السنة الثانية ثم ٨٥ و ٧٢ و ١١٥ و ١٠٥ على التوالى)

الفصل الثانى

ما يجب توافره فى الأحكام من الشروط العامة لجواز الطعن فيها بطريق النقض

٢١٤ — ***مجمل هذه الشروط*** : يتضح من نص المواد ٩ و ١٠ و ١١ من قانون محكمة النقض أن ما يجوز الطعن فيه بطريق النقض يجب أن يكون حكما صادراً فى منازعة مدنية أو تجارية مما يدخل فى وظائف المحاكم الأهلية ، وأن يكون انتهائيا غير تحضيرى أو تمهيدى ، وألا يصير غير مقبول الطعن بفوات الميعاد أو بالقبول . و يتضح من المادة ٤٧ أنه لا يشترط أن يكون الحكم صادراً بعد العمل بقانون محكمة النقض .

(ا) — كون المطعون فيه حكما(١)

٢١٥ — المراد بالحكم فى هذا الباب هو قول المحكمة المشكلة تشكيلاً صحيحاً تفصل به فى حدود وظائفها فى خصومة رفعت إليها وفق قانون المرافعات ، أو فى نقطة خاصة بهذه الخصومة متعلقة بتحقيقها أو بسيرها ؛ فقرار المحكمة بتأجيل الدعوى أو بتأجيل نطق الحكم لجلسة أخرى ، والأوامر التى يصدرها رئيس محكمة الاستئناف أو إحدى المحاكم الابتدائية — بما له من سلطة التصرف فى الأمور الوقتية العارضة فى بدء الدعوى أو فى أثنائها أو بعد الحكم فيها — كالأمر الصادر بتنقيص المواعيد أو بتعجيل نظر الدعوى أو بتوقيع الحجز التحفظى أو بتقدير المصاريف المحكوم بها على المحكوم عليه ، جميع ذلك وأمثاله لا يجوز الطعن فيه بطريق النقض .

---

(١) تيسييه فقرة ٩٣٥ وجارسونيه فقرة ٣٦٣ وفاى فقرة ٣١ ص ٥٥ وتعليقات دالوز من ٣٠٠ إلى ٣٣٤

كذلك لا يجوز الطعن فى القرارات المثبتة للصلح ولا فى الأحكام الاتفاقية باعتبارها عقوداً (Jugements d'expédient)[(١)] ، ولا فى الأحكام الصادرة على مقتضى حلف اليمين الحاسمة أو على النكول عنها أو على ردها . أما أحكام المحكمين[(٢)] فلا يجوز الطعن فيها بطريق النقض .

٢١٦ — والأصل أن منطوق الحكم — وهو جزؤه الذى يختتم به ويحتوى عادة القول الفصل فى الخصومة — هو الذى يجوز الطعن فيه . أما أسباب الحكم — وهى جزؤه الذى يحتوى الحجج التى تبنى عليها المحكمة قضاءها — فلا يجوز الطعن فيما ورد بها من خطأ فى القانون ، ما دام الحكم صحيح النتيجة قانوناً مشتملاً على أسباب أخرى صحيحة يمكن حمل منطوقه عليها . وعلى هذا لا يصح مثلاً الطعن فيما جاء بالأسباب من العبارات المهينة لأحد الخصوم أو من وصف الحق المتنازع فيه مثلاً بأنه حق ارتفاق غير مستمر إذا كان هذا الخطأ فى الوصف غير مؤثر فى نتيجة الحكم[(٣)] .

---

(١) جارسونيه فقرة ٣٦٣ ص ٦٤١ وحكم محكمة استئناف بوردو فى ٢ مايو سنة ١٨٩٥ (د ٩٦ — ٢ — ٣٩٤) و ع . ف ١٠ يونيه سنة ١٨٩٥ (د ٩٦ — ١ — ١٩٧) وقارن تيسيه فقرة ٩٣٥ ص ٤٥٢ وهامش ٦ وفيه إحالة على فقرة ٣٣٦ منه وتعليق جلاسون فى (د ٨٦ — ٢ — ٧٣) . والوسيلة الوحيدة عندنا هى رفع دعوى البطلان بأسبابها المعروفة .

(٢) عدم جواز الطعن فى أحكام المحكمين منصوص عليه فى الفقرة الأخيرة من المادة ١٠٢٨ من قانون المرافعات الفرنسى المقابلة للمادة ٧٢٧ من قانوننا الأهلى ، وأكده نص المادة ١٩ من دستور سنة ١٧٩١ الذى قصر جواز الطعن بالنقض على الأحكام « الصادرة عن المحاكم » كما سبق القول (فى فقرة ٣٢) وقد قيل فى تعليل ذلك إن أحكام المحكمين قابلة للاستئناف فهى لذلك لا يجوز الطعن فيها بطريق النقض ، فإن حصل الاتفاق على عدم استئنافها امتنع الطعن فيها بالنقض لما فى الاتفاق على عدم استئنافها من معنى التنازل عن الطعن بطريق النقض (دالوز براتيك فقرة ٥٥٩ تحت كلمة تحكيم) أما الأحكام الصادرة عن المحاكم فى استئناف أحكام المحكمين أو فى طلب بطلانها بالمعارضة فى تنفيذها بالتطبيق للمادة ٧٢٧ فجواز الطعن فيها بطريق النقض مما لا شك فيه .

(٣) ع . ف ١٦ ديسمبر سنة ١٨٩٧ (د ٩٧ — ١ — ١٨٨) و ١٦ يوليه سنة ١٩٠٠ (د ٩٠٠ — ١ — ٤٦٠) وتعليقات دالوز فقرة ٢١٥٢ و ن . م . م =

ولكن القاضى إذا وضع بعض المقضى به فى أسباب الحكم جاز الطعن فى الجزء الخاص به من الأسباب ، وكثيراً ما يقع ذلك . فقد يطالب أحد المستحقين ناظر الوقف بحسابه مثلا ، فينكر عليه الناظر أصل استحقاقه وقدره و يطلب وقف الدعوى حتى يستصدر المدعى حكما شرعيا يثبت له مدعاه ، فتذكر المحكمة فى أسباب حكمها أن المدعى مستحق فى الوقف ، وأن إنكار خصمه الاستحقاق عليه غير جدى وتكتفى فى المنطوق بإلزام الناظر بتقديم الحساب — ولا شك فى أن توزيع أجزاء هذا الحكم على ذلك النحو لا يمنع من القول بأن المحكمة حكمت بثبوت استحقاق المدعى فى الوقف ثم بإلزام الناظر بتقديم الحساب(١) . و إذن فالعبرة فى معرفة ما حكم به ، وما لم يحكم ، إنما هى بذات القول الفصل فى الدعوى ، أيا كان موضع هذا القول : فى منطوق الحكم أم فى أسبابه .

= ٤ مايو سنة ١٩٣٣ (القانون والاقتصاد سنة ٣ رقم ١١٧ ص ١١٨) وقاعدته : إذا كانت الأسباب التى بنى عليها الحكم صحيحة فى جوهرها ولكن اعتورها خطأ قانونى فى بعض العبارات ، ومع استبعاد هذه العبارات يبقى الحكم مستقيما بما بقى له من الأسباب ، الصحيحة فلا ينقض الحكم .

(١) ن . م . م ٢٢ مارس سنة ١٩٣٤ (القانون والاقتصاد س ٤ رقم ٣٩ ص ٩٣) وقد قالت المحكمة فيه — بعد أن أبرزت ما كانت قد قضت به محكمة الاستئناف فى أسباب حكم أصدرته — ما نصه : « ولا يمنع من اكتساب هذا القضاء قوة الشئ المحكوم به أن يكون واردا فى الأسباب لأن من أسباب الحكم ما يكون بعض المقضى به » ... إلى أن قالت : « إن محكمة الاستئناف قد وضعت جزأى الحكم الأولين فى الأسباب ووضعت الجزء الأخير وهو النتيجة فى منطوق الحكم » (ص ١٠٠ و ١٠١) و ن . م . م ١٤ يونيه سنة ١٩٣٤ (المحاماة س ١٥ ق ١ رقم ٣٧ ص ٥٣) وقاعدته : لا مانع من أن بعض المقضى به يكون فى الأسباب ، فاذا قضت المحكمة ببطلان عقد بيع بعد أن استعرضت فى حكمها الأوجه التى دار النزاع حولها طلباً ودفعاً وبحثت هذه الأوجه وفصلت فيها فصلا قاطعاً وخلصت من بحثها إلى النتيجة التى حكمت بها ، فمعنى ذلك أنها قضت فى هذه المسائل ووضعت قضاءها فيها فى أسباب الحكم ، ثم وضعت بالمنطوق الحكم ببطلان البيع وهو نتيجة ما وضعته فى الأسباب ، فأصبح الحكم فاصلا فى جميع نقط النزاع المتقدمة الذكر طلباً ودفعاً .

(ب) — كون الحكم صادراً فى منازعة مدنية أو تجارية مما يدخل فى وظائف المحاكم الأهلية

٢١٧ — هذا الشرط مفهوم من عنوان الفصل الثالث من قانون إنشاء محكمة النقض الذى هو « فى النقض فى المواد المدنية والتجارية » ومن ديباجة هذا القانون التى جاء فيها : « و بعد الاطلاع على الأمر العالى المشتمل على لائحة ترتيب المحاكم الأهلية » . و إذن فلا يجوز الطعن بالنقض إلا فى الأحكام الصادرة من المحاكم الأهلية فى المنازعات المدنية والتجارية[1] . أما غيرها كالأحكام الصادرة من المجلس الحسبى العالى المشكل من بعض مستشارى محكمة استئناف مصر ، وأحكام مجلس تأديب الخبراء المشكل من بعض هؤلاء المستشارين أيضاً وأحكام المحاكم الابتدائية الصادرة بصفة انتهائية فى قضايا الطعون فى انتخاب مجالس المديريات ، فلا يجوز الطعن فيها بالنقض .

(ج) كون الحكم غير تحضيرى ولا تمهيدى

٢١٨ — نصت الفقرة الأخيرة من المادة التاسعة من قانون محكمة النقض على عدم جواز رفع طعن فى الأحكام التحضيرية والتمهيدية[2] . والمفهوم من هذا النص — كما جاء بالمذكرة الايضاحية — أن « هذه الأحكام لا يجوز أن يرفع عنها طعن مستقل » أى قبل صدور الحكم فى أصل الدعوى . أما جواز الطعن فيها بعد صدوره ومعه فلا شبهة فيه ، بل لا يجب على الطاعن أن ينص صراحة

---

(١) والذى يجوز الطعن فيه فى بلچيكا هو الأحكام الصادرة عن المحاكم النظامية البلچيكية وأحكام مستعمراتها (سيمونيه فقرة ٥ و ٦ وهوامشهما) .

(٢) كان الأولى أن يضع شارعنا حكم هذه الفقرة فى مادة مستقلة بعد المادة ١١ حتى لا يظن بادىء الرأى أن حكمها قاصر على الأحكام الصادرة عن محاكم الاستئناف ولا يشمل الأحكام الصادرة عن المحاكم الابتدائية أو عن المحاكم الجزئيــة فى الأحوال المنصوص عليها فى المادتين ١٠ و ١٠١ من القانون .

فى تقرير طعنه فى الحكم الصادر فى أصل الدعوى على أنه يطعن فيها كذلك ، إذ الطعن فى هذا الحكم ينسحب إلى كل حكم صدر قبله تحضيريا أو تمهيديا ، بشرط ألا يكون الطاعن قد قبلها قبولا مسقطاً لحقه فى الطعن فيها ، وأن يذكر فى أسباب الطعن ما يدل على أن طعنه وارد عليها .

وقد جاء فى المذكرة الايضاحية : « أما إذا كان الحكم قد فصل فى دفع شكلى أو موضوعى وقضى فى آن واحد بإجراء تحقيق فيجوز أن يرفع عنه طلب نقض ، لأنه لا يكون حينئذ مجرد حكم تمهيدى بل هو حكم يحوى حكما قطعيا أيضاً »[(١)].

ولقد أحسن شارعنا فى النص على عدم جواز رفع طعن مستقل عن الأحكام التحضيرية والتمهيدية[(٢)] ، كما أحسن فى عدم اشتراط كون الحكم قطعيا ، ليدخل

---

(١) المذكرة الإيضاحية ص ٢٤

(٢) الأحكام الصادرة عن محاكم الدرجة الثانية فى وصف الحكم الصادر بالتحقيق بأنه تمهيدى يجوز استئنافه أو أنه تحضيرى لا يجوز استئنافه ، هى أحكام قطعية فى هذا الوصف يصح الطعن فيها استقلالا بطريق النقض (فاى ص ٦٥)

(٢ مكرر) إن القانون الفرنسى باكتفائه بالنص فى المادة ١٤ من قانون ٢ بريمور سنة ٤ (٢٤ أكتوبر سنة ١٧٩٥) المنشور فى تعليقات دالوز ص ١٢٩ هامش ١ وفى ربرتوار دالوز ص ٣٠) على عدم جواز الطعن بطريق النقض فى الأحكام التحضيرية والأحكام الصادرة بالتحقيق (jugements préparatoirs et d'instruction) قد أثار شكا عظيما حول معرفة ما إذا كان لفظ « الأحكام الصادرة بالتحقيق » يشمل أم لا يشمل الأحكام التمهيدية الدالة على ما تحكم به المحكمة فى أصل الدعوى . فمن لاحظ أن المادة ٤٥١ من قانون المرافعات تنص على عدم جواز استئناف الحكم التحضيرى إلا عند استئناف الحكم الصادر فى أصل الدعوى وأن ميعاد استئنافه يبتدئ من يوم إعلان هذا الحكم الأخير ولو سبق تنفيذ الحكم التحضيرى بغير احتفاظ بحق استئنافه ، كما تنص على جواز استئناف الحكم التمهيدى استقلالا قبل صدور الحكم فى أصل الدعوى . من لاحظ هذا ولاحظ ما جاء بنص المادة ٤٥٠ من أن الحكم التحضيرى هو الحكم الصادر بالتحقيق لتهيئة الدعوى للفصل فى موضوعها ، وأن الحكم التمهيدى هو الحكم الصادر بالتحقيق الدال على ما ستحكم به المحكمة فى أصل الدعوى ، من لاحظ هذا كله وقاس الطعن بطريق النقض على التظلم بطريق الاستئناف رتب على هذا القياس القول بجواز الطعن استقلالا فى الحكم التمهيدى ثم القول بعدم جواز هذا الطعن إذا قبل الحكم أو انقضى ميعاد الطعن فيه . ويقول تيسييه إن قضاء محكمة النقض يظهر أنه قد استقر على ذلك (ص ٤٦٣ وبهامش ١ بعض الأحكام منها ن . ف ٢٨ ديسمبر سنة ١٨٥٧ (د ٥٨ — ١ — ٧٤) و . ع . ف ٣ مايو سنة ١٨٨٢ (ى ٨٣ — ١ — ٣١٤) و ن . ف =

فيما يجوز الطعن فيه : الأحكام الفاصلة فى موضوع الدعوى والأحكام الفرعية القطعية والأحكام الوقتية[1] . أما ما ورد بالمذكرة الايضاحية فى سياق الكلام فى الأحكام التى يجوز الطعن فيها بالنقض من قولها : « ويقصد بالأحكام الأحكام القطعية » فيجب تأويله بما يجعل لهذا اللفظ معنى واسعاً يشمل الأحكام الوقتية والأحكام القطعية الفرعية .

٢١٩ — وعلى هذا يجوز الطعن فى جميع الأحكام الفاصلة فى الدعوى

= أول يوليه سنة ١٩٠٧ (س ٩٠٩ — ١ — ١٣) . أما من لم ير هذا القياس ورأى الاعتماد على عموم نص المادة ١٤ من قانون بريمور سنة ٤ السابقة الذكر فانه لم يجز الطعن فى هذه الأحكام بنوعيها ، وهو رأى جلاسون (اقرأ تعليقه فى د ٨٨ — ١ — ٢٢٥) وهو رأى تيسييه ص ٣٦٣)

هذا وما دام مناط التفرقة بين الحكم التحضيرى الصادر بالتحقيق والحكم التمهيدى الصادر بالتحقيق كذلك هو عدم دلالة الحكم على ما ستحكم به المحكمة فى أصل الدعوى أو دلالته ، وما دامت هذه الدلالة يختلف فيها بين ناظر وآخر فلا مناص من وقوع ذلك الاضطراب الذى نراه فى قضاء المحاكم الفرنسية . ولهذا يتضح لنا وجه سداد القانون المصرى فى منع الطعن بالنقض فى الأحكام التحضيرية والتمهيدية قبل صدور الحكم فى أصل الدعوى . أما الجانب القطعى من الحكم التمهيدى فما يجوز فى فرنسا الطعن فيه بطريق النقض قبل صدور الحكم القطعى (تعليقات دالوز فقرة ٣٤٣ وفاى ص ٦٥ و ن . ف أول يوليه سنة ١٩٠٧ (د ٩٠٧ — ١ — ٣١٨) و ن . ف ٧ مارس سنة ١٩٢٠ (د ١٩٣٤ — ١ — ٩١) وتعليقات دالوز من فقرة ٣٣٧ إلى ٣٥٤) . على أن التفرقة بين الأحكام التحضيرية والتمهيدية لا تزال — من الناحية التشريعية — محل الاعتراض والنقد (أبو هيف ص ٢٩٣ و ص ٧٧١ وهوامشهما وتيسييه فقرة ٧٣٢ وما قاله أن مناط التمييز بين النوعين لا يزال غامضاً دقيقاً قابلا للانفلات elle est (obscure, fuyante, d'une grand subtilité

(١) كالحكم فى طلب حارس على عين متنازع فيها أو تقدير نفقة مؤقتة ، أو الحكم باستمرار البيع بالرغم من قيام دعوى الاسترداد الأولى أو طلب الحكم بإيقاف البيع بناء على دعوى الاسترداد الثانية ، وغير ذلك مما يرفع الأمر فيه إلى المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى الأصلية ويقتضى صدور الحكم فيه على وجه الاستعجال وقبل الفصل فى الطلبات الأصلية المتعلقة بموضوع الدعوى . أما الطلبات الوقتية التى تقدم إلى القاضى الجزئى طبقا لنص المادة ٢٨ من قانون المرافعات فلا يصل استئناف الأحكام الصادرة فيها إلى محاكم الاستئناف ولذلك لا يجوز الطعن فيها بطريق النقض .

أما فى فرنسا فالمسألة خلافية (تعليقات دالوز من فقرة ٢٠٤ — ٢١٢ وتيسييه فقرة ٩٣٠ ص ٥٠١ وبهامش ٤ الأحكام الصادرة بالجواز وعدمه) .

بجملتها أو فى بعض أجزائها ، أو فى بعض الطلبات أو الدفوع المقدمة فيها ، أو غيرها من المسائل الفرعية التى تنتهى مهمة القاضى فيها بصدور الحكم ويصبح بعده معزولا عن تعديله أو نقضه . فيجوز الطعن فى الأحكام الفاصلة فى الدفوع الشكلية بأنواعها (الدفع بعدم الاختصاص أو بطلب إحالة الدعوى إلى محكمة أخرى أو ببطلان أوراق المرافعات) وفى الدفوع الموضوعية التى لا تدخل تحت حصر (كالدفع بإنكار وقوع الفعل الضار فى دعوى التعويض ، والدفع ببطلان سند الدين أو بتزويره ، أو بانقضاء الالتزام بنحو وفاء أو مقاصة ، والدفع بحصول الصلح عن موضوع الدعوى أو بسبق الحكم فيه ، والدفع بعدم قبول الدعوى لانعدام صفة المدعى أو لانتفاء مصلحة ، والدفع بعدم قبول الاستئناف لفوات ميعاده) . وكذلك يجوز الطعن فى الأحكام الفرعية القطعية الصادرة فى الإجراءات الخاصة بالإثبات أو بسير الخصومة ، كالتحقيق بالبينة والطعن بالإنكار أو بالتزوير فى الأوراق ، والأحكام الصادرة فى بطلان المرافعة أو انقطاعها ، الصادرة بإبطال المرافعة لغياب المستأنف[1] ، أو بوقف الفصل فى الدعوى أو بتأجيلها لأجل غير مسمى حتى يبت فى نزاع آخر أو حتى تستوفى إجراءات خاصة مؤثرة فى حق الخصوم ، وكذلك الأحكام الصادرة بجواز تعجيل الدعوى بعد صدور الحكم بوقفها لمثل هذه الأسباب[2] .

---

(١) قد يستند فى القول بعدم جواز الطعن إلى المادة ١٢٤ من قانون المرافعات التى نص فيها على عدم قبول الطعن فى الحكم الصادر بإبطال المرافعة بأية طريقة من طرق الطعن . ولكننا نرى الجواز لكون هذا الحكم قطعيا فيما صدر به ولخطورة آثاره ولأن محكمة الاستئناف قد تخطىء عند إصداره فى القانون فتحكم بابطال المرافعة فى غير الأحوال التى يصح الحكم به فيها . ويجاب عن المادة ١٢٤ بأن المنع الوارد بها قاصر على طرق الطعن العادية . هذا ومحكمتنا الجنائية تقبل الطعن بطريق النقض فى الأحكام التى تصدرها محاكم الجنح الاستئنافية باعتبار المعارضة كأن لم تكن (مجموعة القواعد القانونية ج . ١ . حكم رقم ٣٢٥)

(٢) ن . م . م ٢٢ يونية سنة ١٩٣٣ (القانون والاقتصاد س ٣ رقم ١٣١ص ١٢٨ والمحاماة س ١٤ ق ١ رقم ٤١ ص ٦٣) وقاعدته : « إذا حكمت المحكمة بإيقاف قضية لتقديم حكم مثبت للوراثة ثم حكمت باعادة القضية للإيقاف بعد أن يكون قدم لها حكم باعتبار أنه =

(د) — كون الحكم قد صدر انتهائيا[1]

٢٢٠ — ومعنى كون الحكم قد صدر انتهائيا أنه صدر غير مقبول الطعن فيه بطريق الاستئناف (en dernier ressort) . وقد نص على هذا الشرط فى المادة ١١ إذ جاء بها « يجوز للخصوم أن يطعنوا أمام محكمة النقض فى أى حكم نهائى — أيا كانت المحكمة التى أصدرته — فصل فى نزاع خلافاً لحكم آخر » . وأشير إلى اشتراطه فى المادتين ٩ و ١٠ بما جاء فيهما من أن أحكام محاكم الاستئناف وأحكام المحاكم الابتدائية فى قضايا استئناف أحكام المحاكم الجزئية هى التى يجوز الطعن فيها بطريق النقض ، ذلك بأن هذه الأحكام هى انتهائية بطبيعتها ولا يتصور أن تكون قابلة للاستئناف مرة أخرى .

و إذن فالأحكام الابتدائية الصادرة عن محاكم الدرجة الأولى التى لا يزال ميعاد استئنافها ممتدا ولما تستأنف ، والأحكام التى استؤنفت ولا يزال استئنافها قائماً أمام محكمة الاستئناف ، والأحكام التى صارت انتهائية بقبولها ممن صدرت

═ مثبت للوراثة وقضت هى بأنه لا يكفى لذلك ، كانت هذه المحكمة ممنوعة من قبول طلب إعادة القضية المرافعة من غير أن يقدم لها حكم الوراثة الذى أوجبت تقديمه كما تكون ممنوعة من اعتبار الحكم الأول كافياً لإثبات الوراثة ، مادام أن حكمها الذى قضى بإعادة القضية للايقاف وبعدم كفاية الحكم الذى قدم لها لاثبات الوراثة لم يطعن فيه بأى طريق من طرق الطعن فى الأحكام » .
وقاعدته الثانية : « إذا انحصر النزاع أمام محكمتى الدرجة الأولى والثانية فيما إذا كان للمحكمة أن تقضى بقبول طلب التعجيل للدعوى بعد صدور الحكم بإيقافها لتقديم حكم مثبت للوراثة ورأت محكمة النقض خطأ الحكم الاستئنافى المؤيد للحكم الابتدائى القاضى بقبول التعجيل ، فإنها إذ تنقض الحكم الاستئنافى تعيد القضية إلى محكمة الدرجة الأولى لتبقى موقوفة أمامها حتى يقدم الحكم المثبت للوراثة » (راجع فقرة ٣٧٠ من كتابنا هذا)

(١) وقد نص فى فرنسا على اشتراط هذا الشرط فى المادة الثانية من الأمر العالى الصادر فى أول ديسمبر سنة ١٧٩٠ وهو المجمع عليه فقها وقضاء منذ أنشئ مجلس النقض على الأقل (كاربنتييه فقرة ٦٦٧ وما بعدها وتيسييه فقرة ٩٣٤ ص ٤٤٩ وما بعدها و ع . ف ٣ يوليه سنة ١٩٢٣ (د ١٩٢٦ — ١ — ١٧) وملحق تعليقات دالوز فقرة ٥٧٢ و ع . ف ١٦ مارس سنة ١٩٢٨ (دالوز الأسبوعية ١٩٢٧ ص ٢٥٤)

عليه أو بفوات ميعاد استئنافها — جميعها لا يجوز الطعن فيها بطريق النقض[١] .

غير أنه قد يقع أن يستأنف الحكم النهائى وتقضى محكمة الاستئناف خطأ بقبول الاستئناف وتفصل فى موضوع الدعوى ، ففى هذه الصورة يتعين رفع الطعن فى الحكم الاستئنافى لمحكمة النقض ، لأن هذا الحكم من جهة قد حل محل الحكم الأول ، ولأنه من جهة أخرى قد يكتسب قوة الشىء المحكوم به لو لم يطعن فيه[٢] . وإذا وقع الشك فيما إذا كان الحكم انتهائيا فيجوز الطعن فيه بطريق النقض ، أو ابتدائيا فيجوز استئنافه (كما لو كان الحكم صادراً من محكمة جزئية ومخالفاً لحكم سابق) فيحسن بمن يريد التظلم منه ألا يكتفى باستئنافه ، بل عليه أن يطعن فيه بطريق النقض حتى لا ينغلق دونه الطريق الواجب السير فيه بفوات ميعاده . ورفع الاستئناف فى هذه الصورة لا يمكن اعتباره مانعاً من قبول الطعن بالنقض لأنه لا يتضمن معنى التنازل عن هذا الطعن[٣] .

والحكم الصادر بتأييد الحكم المستأنف هو الذى يجب الطعن فيه ، فإن قصر الطعن على الحكم المستأنف وقع الطعن على غير محل فيكون لاغياً[٤] .

٢٢١ — والحكم الانتهائى بالمعنى المتقدم الذكر لا يمنع الطعن فيه بطريق النقض كونه قد صدر فى الغيبة ، ولكن الطعن فيه بهذا الطريق يبقى غير مقبول ما بقى الطعن فيه بالمعارضة جائزا (المادة ٢٢ من قانون النقض)[٥] .

---

(١) جارسونيه ص ٦٣٥ و ٦٣٦ وهامش ٧و٨و٩و١٠ وإنما يجوز للنائب العمومى وحده أن يطعن فى الأحكام الابتدائية لتجاوز السلطة (ص ٦٣٧ وهامش رقم ١٢)

(٢) فاى فقرة ٣٣ ص ٦٠ . ن . ف ١١ يوليه سنة ١٨٧٠ (د ٧١ — ١ — ٩٠)

(٣) ربرتوار دالوز فقرة ٨٩ ن . ف ٩ مارس سنة ١٨٢٤ المشار إليه فيها .

(٤) جارسونيه ص ٦٣١ هامش رقم ٣ ع . ف ١٥ مارس سنة ١٨٥٢ (د ٥٢ — ١ — ١٠٦) و ن . ف ٢١ مارس سنة ٨٣ (د ٨٤ — ١ — ٣٩٧) و ع . ف ١٣ فبراير سنة ١٨٨٨ (د ٨٨ — ١ — ٣٢٠)

(٥) فهم هذا الحكم فى القانون الفرنسى مما أشارت إليه لائحة ١٧٣٨ من تنقيص الكفالة التى يجب على كل طاعن إيداعها إلى النصف إذا كان الحكم غيابيا ، ومما أشارت إليه المادة الأولى من قانون ٢٧ يونيه سنة ١٨٦٢ من النص على أن ميعاد الطعن بطريق النقض فى الأحكام الغيابية لا يبتدئ إلا من اليوم الذى تصبح فيه المعارضة غير مقبولة (فاى فقرة ٣٤ ص ٦١)

وقد أخذ الشارع فى هذا النص بما أوجبته التفرقة الفقهية بين طرق الطعن العادية ، وطرق الطعن الغير العادية من عدم جواز سلوك هذه الطرق الأخيرة إلا بعد سلوك الطرق الأولى . فعلى الغائب إذن أن يبدأ بالمعارضة يتوخى بها تحقيق ما يرمى إليه من إلغاء الحكم الغيابى أو تعديله فإذا استنفدها أو انقطعت عليه مواعيدها أو كانت هى غير جائزة اتضح أمامه طريق الطعن بالنقض (١) .

وهذا الحظر المنصوص عليه فى المادة ١٢ يماثل الحظر الذى جاءت به المادة ٣٥١ من قانون المرافعات فى باب الاستئناف ، فما قيل فى تفاصيل أحكامه فى ذلك الباب يصح القول به هنا (٢) .

---

(١) فاى فقرة ٣٤ ص ٦٢ . وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بعدم قبول الطعن فى الأحكام الغيابية حتى لو تنازل الطاعنون فى تقارير طعونهم عن حقوقهم فى المعارضة (البنديكت فقرة ٣٩ و ن . ف ٢٨ يناير سنة ٨٢ (س ٨٣ — ١ — ٩٥) و ن . ف ٨ يوليه سنة ١٨٨٢ (س ٨٤ — ١ — ٣٩٩) و ٨ يناير سنة ٥٧ (د ٥٧ — ١ — ٧٨) . وقضت كذلك بعدم قبول الطعن فيها بالنقض قبل أن تصبح المعارضة فيها غير جائزة (ن . ف ١٧ ديسمبر سنة ١٩١٣ ، د ١٩١٧ — ١٨٣)

(٢) وقد قلنا فى مذكرات الدروس التى ألقيناها بكلية الحقوق فى سنة ١٩٣٥ — ١٩٣٦ فى باب الاستئناف « إن المحكوم عليه غيابيا لا يجوز له أن يتعجل فيستأنف الحكم ، ما بقى ميعاد المعارضة فيه ممتدا ، وإذا طعن فيه بالمعارضة فلا يقبل منه الاستئناف مادامت المعارضة قائمة ، ويبقى الطعن بالاستئناف غير جائز إلى أن يقضى فى موضوع المعارضة أو تنتهى الخصومة فيها بحكم يزول به الحق فى المعارضة ... وإذا تعدد المحكوم عليهم وكان الحكم حضوريا بالنسبة إلى بعضهم ، فلا مانع يمنع هذا البعض من الطعن فيه بالاستئناف فوراً ، إلا إذا كان موضوع النزاع غير قابل للتجزئة أو كان المحكوم عليهم متضامنين ، فعندئذ يجب على المحكوم عليهم حضوريا أن ينتظروا انتهاء ميعاد المعارضة فى حق المحكوم فى غيبتهم . . . والمتفق عليه أن حكم المادة ٣٥١ يسرى على نفس المحكوم له غيابيا ، فيما لم يقض له به من طلباته ... وربما صح القول بأن المحكوم له لا يكون ممنوعاً من رفع الاستئناف إلا إذا كان الحكم له فى استئنافه يتناقض مع الحكم لخصمه فى معارضته ... والرأى السائد أن عدم قبول الاستئناف المرفوع قبل انقضاء ميعاد المعارضة أو فى أثناء قيامها يمس النظام العام لتعلقه بدرجات التقاضى وبترتيب طرق الطعن فى الأحكام . ومع ذلك فإن المحاكم المختلطة تميل إلى التساهل فى تطبيق المادة ٣٥١ إذ تقضى بقبول الاستئناف من المحكوم عليه فى غيبته متى كان قد تنازل عن حقه فى المعارضة قبل انقضاء ميعادها ، ولا تقضى بعدم قبول الاستئناف من المحكوم عليه حضوريا ، بل توقف الفصل فيه إلى أن يحكم فى المعارضة المرفوعة من الغائب أو يسقط حقه فيها بانقضاء ميعادها أو لسبب آخر مثل التنازل عنها » (انظر هذه المذكرات ص ٦١١ — ٦١٢ ، وهوامشها وراجع العشماوى ج ٢ ص ٥٥٩ وهامش ٢ و ص ٦٠٠ — ٦٠١ وعبد الفتاح بك السيد ودسرتو فقرة ٣٧ ؛ وجلاسون وتيسيه ج ٣ ص ٣٢٣ وجارسونيه ج ٦ فقرة ٣٢ — ٣٥)

٢٢٢ — والحكم الذى يصدر فى موضوع المعارضه بالتأييد هو الذى يتعين رفع الطعن فيه لمحكمة النقض[١] . أما الاكتفاء بالطعن فى الحكم الغيابى وترك الحكم الصادر فى المعارضة حتى ينقضى ميعاد الطعن فيه ويكتسب قوة الشىء المحكوم به النهائية فهو غير مجد ،[٢] لأن الحكم الصادر فى المعارضة لا يمكن اعتباره أنه مؤسس على الحكم الغيابى أو أنه مترتب عليه أو أنه منفذ له حتى يصح القول بكفاية الطعن فيه على تقدير أنه متى حكم بنقضه هو انتقض جميع ما ترتب عليه من إجراءات وأحكام[٣] . ومن جهة أخرى ليس الطعن فى الحكم الغيابى ضروريا لقبول الطعن فى الحكم الصادر فى المعارضة ، لأن هذا الحكم إذا نقضته محكمة النقض عادت قضية المعارضة أمام محكمة الإحالة فتنظرها هذه المحكمة من جديد[٤] .

أما إذا كان الحكم صادراً بعدم قبول المعارضة شكلا فيحسن الطعن فى الحكمين ، حتى إذا رفض الطعن فى الحكم الصادر فى المعارضة لا يكون الحكم الغيابى الأول قد صار غير مقبول الطعن فيه بفوات الميعاد[٥] .

وإذا كانت العبرة بكون الحكم حضوريا أو غيابيا إنما هى بالواقع لا بما

---

(١) البنديكت فقرة ٢٤٣ و ن . ف ٢٠ أغسطس سنة ١٨٥٠ (س ٥١ — ١ — ٦١) وجارسونيه ص ٦٣١ هامش ٣ وربرتوار دالوز فقرة ٩٩ وما بعدها .

(٢) ويرى جلاسون وتيسيه فى باب الاستئناف ، أنه متى كان ميعاد الاستئناف فى الحكم الصادر فى المعارضة لما ينقض فان استئناف أى الحكمين ينسحب إلى الحكم الثانى ، اعتباراً بأن المستأنف إنما يقصد فى واقع الأمر التخلص مما قضى به الحكمان عليه (س ٢٨٩ و ٢٩٠ وقارن جارسونيه فقرة ٣٥٧ هامش ٣ ص ٦٣١ و ٦٣٢)

(٣) ع . ف ٥ يوليه سنة ١٩١٧ (س ٩٢٠ — ١ — ٨) و ن . ف ٢٣ أبريل سنة ١٩٢٣ (س ٩٢٣ — ١ — ٣٤٠ و ٣٤١ وتعليق رقم ١)

(٤) وإذ كان المعتبر أن المعارضة لا تزيل الحكم الغيابى (تيسيه فقرة ٨٥٥ وجارسونيه فقرة ٣٢٩) ولاحتمال أن يكون للمحكوم عليه مصلحة فى إبطال الحكم الغيابى واعتباره كأن لم يكن ، فلعل من الصواب أن يطعن فى الحكمين حتى إذا انقضا أعيدت الدعوى والخصوم إلى مثل حالتهم التى كانوا عليها قبل إصدار الحكم الغيابى .

(٥) فاى فقرة ٣٤ ص ٦٢

جاء بالحكم من وصف قد يكون مغايراً لهذا الواقع ، فالمحكوم عليه إذا اعتقد أن الحكم الموصوف بأنه حضورى هو غيابى فى الواقع يكون عليه أن يطعن فيه بطريق المعارضة ، وإذا اعتقد أن الحكم الموصوف بأنه غيابى هو حضورى فالطعن فيه يكون بطريق النقض . غير أنه يحسن بالطاعن أن يحتاط فى الصورتين فيطعن بالمعارضة وبالنقض معاً حتى إذا رأت محكمة المعارضة رأياً فى وصف الحكم المطعون فيه غير رأيه هو لا يجد الطريق الآخر مغلقاً أمامه لفوات الميعاد . على أن قضاء محكمة المعارضة عند نظرها فى وصف الحكم المعارض فيه بقبول المعارضة أو بعدم قبولها مما يجوز الطعن فيه بطريق النقض[(١)] .

٢٢٣ — والأحكام الصادرة فى التماس إعادة النظر هى أحكام انتهائية ، فشأنها فى جواز الطعن فيها شأن جميع الأحكام الانتهائية[(٢)] .

(هـ) — كون الحكم لم يسقط الطعن فيه

٢٢٤ — إن الأصل فى سقوط الحق فى الطعن بانقضاء الميعاد المحدد له ، أن القانون متى أوجب إجراء من الإجراءات فى ميعاد معين أو فى مناسبة معينة ولم يقع الإجراء فى هذا الميعاد أو فى تلك المناسبة سقط الحق فيه وأصبح القيام به بعدهما غير مقبول . والأصل فى سقوط الحق فى الطعن بقبول الحكم أن قبول المحكوم عليه الحكم الصادر عليه ، قبولاً حرا غير مشوب بغلط أو تدليس أو إكراه ، يتضمن فى الواقع تركا مسقطاً لحق الطعن فيه .

٢٢٥ — ولا كلام لنا الآن فى ميعاد الطعن ما هو ، وكيف يحتسب ، وهل يوقف وينقطع ، وما هى أسباب وقفه وانقطاعه ، وهل تضاف إليه مواعيد

---

(١) تعليقات دالوز فقرة ٣٦١ و ٣٦٢ و ٣٦٣ و ن . ف ٨ مارس سنة ١٩٠٥ (د ٩٠٩ — ١ — ٢٠٩)

(٢) جارسونيه ص ٦٣٣ وربرتوار دالوز فقرة ٨٣ وفاى فقرة ٣٥

مسافة ؟ إلى غير ذلك ، فالكلام فيه سيكون فى موضع آخر . و إنما الذى يهمنا التنبيه عليه الآن أمران :

أولهما : أنه متى انقضى ميعاد الطعن فى حكم فلن يقبل الطعن فى الأحكام المؤسسة عليه بالأسباب التى كان يطعن بها فيه . فإذا حكم مثلا بجواز الإثبات بالبينة و بإحالة الدعوى إلى التحقيق وانقضى ميعاد الطعن فى هذا الحكم ثم قضى فى موضوع الدعوى اعتمادا على ما تم فيها من تحقيق ، فإن المحكوم عليه لا يستطيع أن يبنى طعنه فى هذا الحكم الأخير على أنه قد خالف القانون باعتماده على تحقيق سمعت فيه البينة مع وجوب عدم سماعها قانوناً ، لأن الحكم الفرعى الصادر بالتحقيق يكون قد اكتسب قوة الشىء المحكوم به النهائية بانقضاء ميعاد الطعن فيه . أما إذا خالفت المحكمة عند قضائها فى الموضوع حكمها الصادر بجواز الإثبات بالبينة فإن قضاءها هذا يجوز الطعن فيه لمخالفة القانون[1] . وقد قضت محكمتنا المدنية بأنه إذا كان الحكم المطعون فيه مبنياً على حكم بالإيقاف قطعى فى عدم الاختصاص وكان رافع النقض قد قبل حكم الإيقاف ، فكل وجوه الطعن المنصبة على مسألة الاختصاص يتعين رفضها[2] .

وثانيهما : أنه لا يترتب على انقضاء ميعاد الطعن سقوط الحق فيه فى حق الخصوم فحسب ، بل فى حق محكمة النقض كذلك ، لأنه معتبر من قواعد النظام العام[3] تقضى به من تلقاء نفسها .

٢٢٦ — ولما كان المعنى الملحوظ فى اعتبار قبول الحكم الانتهائى مانعاً من قبول الطعن فيه بطريق النقض هو ما فى هذا القبول من معنى إقرار

(١) كاربنتييه فقرة ٧٦٠ ومابعدها و ن . ف أول يونيه سنة ١٨٧٠ (س ٧٠ — ١ — ٣٤٦) و ٢٩ يوليه سنة ١٨٧٣ (س ٧٤ — ١ — ٣٦٠)

(٢) ن . م . م ٩ فبراير سنة ١٩٣٣ (القانون والاقتصاد رقم ٩٧ س ٣) (مج س ٣٤ رقم ٩٢ ص ١٩٦)

(٣) كاربنتييه فقرة ٨٧١ والأحكام المذكورة فيها وجارسونيه فقرة ٤٠١ ص ٦٩٩ وهامش رقم ٦ ، ٨ وحكم ن . ف ١٧ يوليه سنة ١٨٨٣ (د ٨٥ — ١ — ١٤)

المحكوم عليه بترك حقه فى الطعن فى الحكم ، وإثبات حق خصمه عليه فى عدم تعرضه هو له فى الحقوق المحكوم بها ، فقد أجروا عليه كثيراً من أحكام الإقرار وترك الحقوق صلحاً ، واشترطوا فى القبول الضمنى أن تكون دلالته على هذا المعنى قطعية لا تحتمل الشك ،

فمن هذه الأحكام : (أولا) أن قبول الأحكام الصادرة فى المسائل المتعلقة بالنظام العام لا يمنع من الطعن فيها اعتباراً بما فى قبولها من معنى الصلح ، والصلح فى هذه المسائل غير جائز (المادة ٥٣٣ من القانون المدنى)[١] .

(ثانياً) أن الإقرار بترك الحق فى الطعن حجة قاصرة على من ترك ، فلا يجوز الاحتجاج به على غيره ، حتى فى حالتى التضامن وعدم التجزئة[٢] .

---

(١) ومن قضاء محكمة النقض الفرنسية أنها حكمت — فى طعن رفع لها عن حكم قضى بعدم اختصاص المحاكم بنظر الدعوى لاختصاص السلطات الإدارية بها — برفض الدفع بعدم قبول الطعن لقبول المحكوم عليه هذا الحكم ، وبنت حكمها على أن المسألة المقضى فيها تتعلق بأصل انفصل بين السلطات العامة وهو من أصول النظام العام (ن . ف ٢٨ يناير سنة ١٩٠٢ (س ٩٠٣ — ١ — ١٠) وانظر ن . ف ٩ أبريل سنة ١٩٠٦ (س ٩٠٧ — ١ — ٣١٧) وفاى فقرة ٥٢ ص ٨٠ و ن . ف ٣ يناير سنة ١٩٢٣ (س ٩٢٣ — ١ — ٢٠٧) وتتلخص القضية التى صدر فيها هذا الحكم الأخير فى أن محكمة ابتدائية قضت بالتفريق بين زوجين ، فرفع الزوج بعد انقضاء المواعيد التماساً باعادة النظر فى الحكم إلى المحكمة الابتدائية التى أصدرته ، فقضت بعدم قبول الالتماس بناء على أن الطعن بالتماس إعادة النظر لا يكون مقبولا إلا إذا كان الحكم صادراً بصفة انتهائية ، والحكم المطعون فيه بالالتماس لم يكن كذلك لأنه كان قابلا للاستئناف . فاستأنف الزوج هذا الحكم الأخير ، فألغته محكمة الاستئناف وأحالت الدعوى على التحقيق ثم نفذ الطرفان حكم التحقيق ، ثم قضت محكمة الاستئناف فى الموضوع بإلغاء الحكم المستأنف ، فطعنت الزوجة فى الحكمين الصادرين من محكمة الاستئناف بانية طعنها على أن التماس إعادة النظر لا يكون إلا فى حكم صادر بصفة انتهائية . فدفع الزوج بعدم جواز الطعن فى الحكم الأول ، لأن خصيمته قد قبلته ونفذته ، فقضت محكمة النقض برفض هذا الدفع وبنقض الحكمين وإعادة الخصمين إلى ما كانا عليه قبل صدورها ، وقالت فى أسباب حكمها إن أول الحكمين المطعون فيهما كان صادراً فى مسألة متعلقة بقاعدة درجات التقاضى التى هى من النظام العام ، فلا يجوز الدفع بقبول الحكم لصدوره فى مسألة تتعلق بالنظام العام . وراجع ن . ف ٩ نوفبر سنة ١٩٣٢ (س ١٩٣٣ — ١ — ١٤٠) وفى هذه القضية كان يدعى على الطاعن أنه قبل الحكم المطعون فيه ، وكان هذا الحكم صادراً من إحدى المحاكم الإسلامية القائمة فى بلاد الجزائر فى قضية هى من اختصاص المحاكم الفرنسية القائمة فى تلك البلاد أيضاً ، وقد رفض الدفع بعدم قبول الطعن بناء على أن الحكم المدعى قبوله قد صدر فى مسألة تتعلق بالنظام العام .

(٢) فاى بآخر صفحة ٨٠

(ثالثاً) أن قبول المحكوم عليه الحكم لا يتوقف على رضاء خصمه، لأنه تصرف تام بنفسه نافذ على صاحبه. والأصل أن قبول أحد الخصمين الحكم الصادر عليه ببعض طلبات خصمه — ورفض البعض الآخر — معتبر أنه معلق على قبول هذا الخصم لذلك الحكم فيما حكم عليه هو الآخر به، فإن رده بطل[1] وجاز الطعن؛ قياساً على ما جاء في نص المادة ٣٥٧ من قانون المرافعات الأهلي المقابلة للمادة ٤٣٣[2] من قانون المرافعات الفرنسي من أنه «إذا طلب أحد الخصوم استئناف الحكم جاز للخصم الآخر — فضلا عن حقه في طلب الاستئناف أصليا في الميعاد المقرر — أن يطلب استئناف ذلك الحكم طلباً فرعيا ما دامت المرافعة قائمة في محكمة الاستئناف ولم يترك الطالب الأول دعواه فيه، ولا يمنع الطالب الثاني سبق قبوله للحكم المذكور»[3].

ولا يمنعنا من إجراء هذا القياس ماجاء بالمذكرة الإيضاحية من أن المشرع «لم ينص على النقض الفرعي، إذ رأى أنه ليس من المرغوب فيه أن تسهل للخصم الذي لم ير لزوماً للطعن في الحكم من تلقاء نفسه، طريقة الطعن

(١) أما إذا كان قبول الخصم للحكم بعد تقديم الطعن فيه من خصمه وعلمه هو به، فلا يمكن اعتباره معلقاً على قبول الخصم الآخر، تغليباً لدلالة الحال (فاى ص ٨١)

(٢) وقد أخذت محكمة النقض المصرية بقاعدة افتراض التعليق في قبول الحكم في حكمها المؤرخ في ١١ أبريل سنة ١٩٣٢ (القانون والاقتصاد س ٣ رقم ٤٤ والمحاماة س ١٢ رقم ٤٨٥ ص ٩٧٤) فقالت: للضامن كما للمضمون الحق في الطعن بالنقض في الحكم القاضي باستحقاق العقار المبيع للغير بحيث لو طعن الضامن بالنقض في هذا الحكم وقضى برفض طعنه، فذلك لا يمنع المضمون من تقديم طعن جديد باسمه شخصيا. ولا يشترط لوجود هذا الحق سوى اتصال الدعوى الأصلية بدعوى الضمان اتصالا وثيقاً لاانفكاك له، ويكون الضامن قد دافع في الدعويين معاً. على أن قبول المضمون للحكم الصادر في الدعوى الأصلية مفروض تعليقه على قبول الضامن لهذا الحكم.

(٣) (جارسونيه فقرة ٤٠٢ ص ٦٩٩ — ٧٠٠ وكاريه جـ ٤ المسألة ١٧٨٠)
تختلف المادة ٣٥٧ من القانون الأهلي عن المادة ٤٤٣ من القانون الفرنسي في أن المادة المصرية قد صرحت بأن سبق قبول المستأنف عليه الحكم لا يمنعه من رفع الاستئناف الفرعي. أما المادة الفرنسية فلم تذكر إلا سبق إعلان المستأنف عليه الحكم الابتدائي للمستانف بغير اعتراض منه عليه، اعتبارا بأن هذا الإعلان يكون عندئذ قرينة قانونية على قبول الحكم.

فيه بمناسبة طعن غيره ، فاذا كان لذلك الخصم أسباب شخصية تحمله على الطعن فى الحكم الاستئنافى فليرفع عنه نقضاً بصفة أصلية ، وهذا الطعن يضم بالضرورة إلى الطعن الأول جمعاً لكل الإجراءات التى تنشأ عن قضية معينة وتوحيداً لها ، ويفصل فيه فى الوقت الذى يفصل فى الطعن الأول » . لا يمنعنا هذا الذى جاء فى هذه المذكرة من القول بجواز الطعن فى الحكم من الخصم الذى قبله متى رفع خصمه طعنه فيه ، لأن الذى قصده الشارع إنما هو إبداء الخصم طعنه الفرعى بالجلسة أو بالمذكرات التى يقدمها كما يبدى الاستئناف الفرعى بنحو ذلك ؛ أما رفع الطعن الفرعى بمثل ما يرفع به الطعن الأصلى من تقرير بقلم الكتاب فلا يمنعه سبق قبول الحكم ، لأن هذا القبول مفروض تعليقه على قبول الخصم الآخر ، فان لم يقبل بطل التعليق وعاد القابل إلى أصل حقه فى الطعن[1] .

(رابعاً) أن ما يكون به قبول الحكم من قول أو عمل أو إجراء يجب أن يكون دالا على ترك الحق فى الطعن دلالة لا تحتمل الشك . وسواء أكان القبول عاماً وشاملا لكل الحكم أم خاصاً ببعض أجزائه ، وسواء أكان غير مقيد بقيد أم معلقاً على شرط ، فهو خاضع لتقدير محكمة النقض[2] . فعدم إعلان الحكم لا دلالة فيه على قبوله ؛ وإعلانه بغير اعتراض عليه ولا تحفظ بحق الطعن فيه

---

(١) وما قلناه من أحقية المدعى عليه فى طلب نقض الحكم من جانبه على الرغم من سبق قبوله إياه يجيز لنا القول بأحقيته فى هذا الطلب بعد انقضاء الميعاد ، وذلك قياساً على ما هو مقرر فى هذا الشأن فى باب الاستئناف واعتباراً بأن تفويت الميعاد — فى البادين — هو من قبيل الرضا بالحكم فيجب افتراض تعليقه على قبول الخصم الآخر (جارسونيه فقرة ٤٠٢ والمراجع المذكورة به)

(٢) فاى فقرة ٥٣ ص ٨١ وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن قبول بعض أجزاء الحكم لا يمنع من الطعن فى البعض الآخر (ن . ف ١٨ مارس سنة ١٨٧٨ (س ٧٨ — ١ — ١٩٣) إلا إذا كان بين هذه وتلك من الارتباط الوثيق مالا يسمح باعتبار الحكم متعدد الأجزاء (ن . ف ٦ أغسطس سنة ١٨٩٥) (س٩٦ — ١ — ١٢٤) . ويرى فاى أنه ينبغى لمحكمة النقض أن تقضى من تلقاء نفسها بعدم قبول الطعن متى استيقنت أن الطاعن قد قبل الحكم المطعون فيه (فاى بآخر الفقرة ٥٤ ص ٨٣) وهذا الرأى محل نظر .

لا يعتبر وحده دليلا على القبول[1]، لاحتمال أن يكون الغرض من إعلانه هو مجرد جريان ميعاد الطعن بالمعارضة أو بطريق النقض فى حق من أعلن له الحكم .

وقيام المحكوم عليه بتنفيذ الحكم بعد التنبيه عليه بالوفاء ، أو أثناء إجراءات التنفيذ الجبرى ، لا يصح قانوناً اعتباره قبولا للحكم مانعاً من الطعن فيه ، لأن ما يقتضيه هذا التنفيذ من قيام الإكراه المانع يتنافى مع وقوع القبول بالرضاء والاختيار[2] .

والتنفيذ بمحض الرضا والاختيار لا يمكن اعتباره وحده دليلاً على القبول ، لأن الحكم كان واجب التنفيذ والطعن فيه بطريق النقض ما كان ليوقف تنفيذه ، والمحكوم عليه قد تكون نيته فى التنفيذ مجرد تفادى التنفيذ الجبرى واتقاء

---

(١) هذا فى مصر . أما فى فرنسا فالمادة ٤٤٣ من قانون المرافعات تدل على أن مجرد إعلان الحكم بغير اعتراض عليه ولا احتفاظ بحق الطعن فيه يعتبر قرينــة دالة على قبوله (فاى فقرة ٥٤ وهامش رقم ١٦ وكاربنتيه فقرة ٨٣٦ وحكم ٥ مايو سنة ١٨٧٤ (س ٧٥ — ١ — ٣١) و ن . ف أول يوليه سنة ١٩٠١ (د ١٩٠١ — ١ — ٢٠٤) إلا إذا قامت قرينة أخرى تدل على عدم قبول الحكم أو على قبوله معلقاً على رضا الخصم ، كأن يظهر أن الإعلان كان لمجرد الاستكشاف عن رأى المعلن له الحكم فى قبوله (حكم ٢٦ نوفمبر سنة ١٨٦١ س ٦٢ — ١ — ١٠٥٣) وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن إعلان الحكم المتضمن التنبيه بالقيام بتنفيذ ما حكم به للمعلن لا يمكن اعتباره قبولا منه للحكم بالنسبة لما حكم به عليه (١٠ ديسمبر سنة ١٨٩٤ (د ٩٥ — ١ — ٣٣٤ وفاى س ٨٣ هامش ١٥) و ن . م . م فى ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٢٥ (القانون والاقتصاد س ٦ ص ٦ رقم ٢ والمحاماة س ١٦ رقم ٢٠٣ ص ٤٦٣) وقاعدته : إذا كان الحكم المطعون فيه يقضى لمصلحة الطاعنين ببعض طلباتهم ، ويقضى عليهم لخصومهم ببعض طلباتهم ، وكانت الطلبات التى قضى فيها متميزة بعضها عن بعض ، ومستقلة الواحد عن الآخر ، فصدور مثل هذا الحكم على مثل ما صدر به يجعله متعدد الأجزاء من جهة تطبيق أحكام جواز الطعن أو تطبيق أحكام عدم جوازه لانقضاء الميعاد أو لقبول الحكم . وقيام الطاعنين باعلان هــذا الحكم لجميع الخصوم مع كونه صادرا لمصلحتهم ولغير مصلحتهم وبما يمكن تنفيذه جبراً وبما لا يمكن تنفيذه جبراً ، وتنبيههم إلى وجوب تنفيذه ، وقبولهم تنفيذ الحكم فى بعض أجزائه المحكوم فيها لصالحهم مع احتفاظهم بحقهم فى الطعن بطريق النقض فى الأجزاء الأخرى الصادرة فى غير مصلحتهم . ذلك لا يمنعهم من الطعن فيما حكم فيه لغير مصلحتهم .

(٢) فاى س ٨٢ وكاربنتيه فقرة ٧٨٠ وما بعدها .

أضراره[١] ومصاريفه ، أو قد تكون له مصلحة حقة تفوته إذا لم يقم بتنفيذ الحكم قبل الطعن فيه[٢] . على أنه يحسن بالمحكوم عليه كلما تراءت له مصلحة فى القيام بتنفيذ الحكم قبل شروع خصمه فيه بالطرق الجبرية أن يتحوط فيثبت فى أوراق التنفيذ ما يدل على أنه محتفظ بحقه فى الطعن فى الحكم .

وتجرى محكمة النقض على الاحتياط فى تقدير أعمال التنفيذ وإجراءاته ، فلا تستخلص منها معنى قبول الحكم وترك الطعن فيه ، إلا إذا كانت قوية الدلالة على ذلك .

فى قضية تعويض عن تعطيل جريدة عطلها مجلس الوزراء مدة معينة بقرار أصدره فى حدود سلطته التى خُولها بقانون المطبوعات الصادر فى سنة ١٨٨١ ، قضت محكمة الاستئناف بإحالتها إلى التحقيق لإثبات عدم صحة الأسباب الواردة بقرار التعطيل ، ثم رفعت الحكومة طعناً فى الجانب القطعى من هذا الحكم الذى قضت فيه المحكمة باختصاصها بنظر ما إذا كان قرار التعطيل قد أصدره مجلس الوزراء بقصد المحافظة على النظام العام كما جاء بأسبابه أم أصدره منتهكاً حرمة القانون ومخالفاً لروحه ، فدفع صاحب الجريدة بعدم قبول الطعن لاشتراك الطاعنة فى تنفيذ الحكم المطعون فيه بحضور مندوبها جلسة التحقيق وموافقته على إحالة القضية على جلسة المرافعة بعد إتمام التحقيق — قضت محكمة النقض برفض هذا الدفع وقالت فى أسباب حكمها إن كل ما جرى بجلسة التحقيق الوحيدة التى

---

(١) فاى ص ٨٢ ، و ن . ف ١٨ يوليه سنة ١٨٩٥ (د ٩٥ — ١ — ٥١٠) وكاربنتييه فقرة ٧٦٧ وما بعدها .

(٢) من ذلك ما قضت به محكمة النقض الفرنسية من أن بائع العقار المحكوم عليه بعدم قبول دعوى فسخ البيع لعدم قيام المشترى بدفع الثمن ، لا يعد قابلا لهذا الحكم ومتنازلا عن حق الطعن فيه بالنقض إذا هو دخل فى توزيع ثمن العقار عند بيعه جبراً على ذمة من اشتراه من ذلك المشترى وطلب توزيع ما بقى له من ثمن على نفسه ، لما تبينته محكمة النقض من أنه لم يدخل هذا التوزيع إلا محافظة على ما عسى أن يكون حقا له فى الدعوى قبل خصمه . انظر ن . ف ٢٥ نوفمبر سنة ١٨٦٢ (س ٦٣ — ١ — ٨٩)

عقدت عقب إنشاء محكمة النقض هو أن محامى صاحب الجريدة طلب إحالة الدعوى إلى المرافعة فوافقه مندوب الوزارة ، وليس فى هذا ما يدل لا صراحة ولا ضمنا على قبول الجانب القطعى من الحكم وترك الطعن فيه[1] .

ولكن فى قضية أخرى كانت محكمة الاستئناف قد قضت برفض الدفع بعدم قبول الاستئناف شكلا وحكمت تمهيديا بإحالة القضية الى التحقيق ، ثم حكمت بعد إجراء التحقيق بإلغاء الحكم المستأنف و برفض دعوى المستأنف ، ثم طعن فى هذين الحكمين ودفع بعدم قبول الطعن فى الحكم الأول الصادر بقبول الاستئناف شكلا ؛ فقضت محكمة النقض برفض هذا الدفع وقالت فى حكمها إنها ترى — بالنسبة لظروف الدعوى — أن تنفيذ الحكم التمهيدى يمكن اعتباره قبولا ضمنيا للجانب القطعى من الحكم المطعون فيه مانعا من قبول الطعن[2] .

وفى قضية أخرى كانت محكمة استئناف مصر قد حكمت بإلزام الحكومة بأن تعوض موظفاً أحالته على المعاش ، وسحب المحكوم له صورة الحكم للتنفيذ به فى ٢٨ مارس سنة ١٩٢٧ وسلمها لوزارة الداخلية طالباً صرف المبلغ المحكوم به ، فصرفته له مع المصاريف وأتعاب المحاماة فى أول إبريل سنة ١٩٢٧ ، ثم رفعت الحكومة بعد ذلك طعناً فى هذا الحكم بعد أربع سنوات من إنشاء محكمة النقض . حكمت محكمة النقض فى هذه القضية بعدم قبول الطعن وقالت فى أسبابه — بعد أن أحصت الظروف التى استدلت بها على قبول الحكم المطعون فيه — ما نصه : « كل ذلك فيه دلالة تامة على أن الوزارة أعفت فعلا خصمها من إعلان الحكم إعفاء نهائيا ، وأنها أرادت تسوية مركزها منه ومركزه منها بما

(١) ن . م . م ٩ فبراير سنة ١٩٣٣ (القانون والاقتصاد س ٣ رقم ٩٦ والمحاماه س ١٣ رقم ٤٨٥ ص ٩٨٣)

(٢) ن . م . م أول ديسمبر سنة ١٩٣٢ (القانون والاقتصاد س ٣ رقم ٧٢ والمحاماة س ١٣ رقم ٢٦٦ ص ٥١٧) والظروف التى استند إليها فى الحكم هى حضور الطاعن جلسة التحقيق الأولى وطلبه التأجيل لاعلان شهوده ثم إعلانه لهم ثم تقديمه مذكرة فى الموضوع طلب فيها تأييد الحكم المستأنف .

يحقق لكل منهما الاستقرار والاطمئنان ، وحيث إن قبول الحكم وتنفيذه بالرضا على مثل الوجه المتقدم الذكر يسقط حق من نفذه فى الطعن فيه ، حتى إذا لم يكن قد أعلن إليه الحكم بالطريق العادى[1] » .

عدم اشتراط كون الحكم صادراً بعد العمل بقانون محكمة النقض

٢٢٧ — ولا يشترط لجواز الطعن فى الحكم أن يكون صادراً بعد العمل بقانون محكمة النقض . وقد قضت هـذه المحكمة بأن مناط الحق المكتسب على مقتضى قانونها إنما هو كون الحكم الصادر فى عهد القانون القديم قد أعلن وانقضى ميعاد الطعن فيه قبل بدء العمل بالقانون الجديد . أما الأحكام الصادرة فى عهد القانون القديم التى لم تعلن للآن ، والتى أعلنت ولم يمض عليها ميعاد الطعن عند وجوب العمل بالقانون الجديد ، أو التى أعلنت بعـد العمل بهذا القانون ، فانها جميعا يجوز الطعن فيها أمام محكمة النقض ، بشروطه وقيوده ومواعيده[2] . ثم

---

(١) ن . م . م ١٧ يناير سنة ١٩٣٥ (المحاماة س ١٥ ق ١ رقم ١٠٠ ص ٢١٣ والقانون والاقتصاد س ٥ رقم ٢٠ ص ٥٦) و ن . م . م فى ٢٣ مايو سنة ١٩٣٥ (المحاماة س ١٦ رقم ١٤ ص ٢٥) وقاعدته : متى رضى المحكوم عليه بالحكم الصادر عليه وقبل تنفيذه دون أى تحفظ قبولا ضمنيا ، فلا يجوز له الطعن فى هذا الحكم بطريق النقض لمجرد عدم إعلانه إليه إلا قبيل تقرير هذا الطعن ، إذ أن قبول تنفيذ الحكم يدل على أنه اعتبره حكماً محـدداً لعلاقته بخصمه تحديداً نهائيا . وراجع ن . م . م ٧ نوفمبر سنة ١٩٣٥ (القانون والاقتصاد س ٦ رقم ٧ ص ٣٦ والمحاماة س ١٦ رقم ١٠٨ ص ٤٨١) وقاعدته : إذا كان الثابت من المكاتيب المتبادلة بين المحكوم له والمحكوم عليه أن المحكوم عليه استمهل المحكوم له ورجاه فى عدم اتخاذ إجراءات جبرية قبله ، ثم قام هو بتنفيذ المحكوم عليه به كله على دفعات ، ثم تسلم صورة الحكم التنفيذية مؤشراً عليها من المحكوم له بالتخالص ثم أقر بعد ذلك فى خطاب منه بدفعه كل المحكوم به من أصل وفائدة ، ومصاريف بغير تحفظ ما ،فذلك يدل على أن المحكوم عليه قد قبـل الحكم الصادر عليه قبولا نهائيا ونفذه راضياً ، وهذا القبول يمنعه من بعد من الطعن فى هذا الحكم بطريق النقض .

(٢) حكم ١٢ نوفمبر سنة ١٩٣١ (المحاماة س ١٢ رقم ١١٦ ص ٢٠١ و مج س٣٢ عد ١٨٤ ص ٣١٢) . وقد استهل هذا الحكم بأنه لا محل للبحث فى معنى الحق المكتسب ، ولا فى معنى سريانه على الحوادث السابقة على تاريخ العمل به ، وما قام بشأن ذلك من الخلاف =

قررت فى حكمها الصادر فى ١٧ يناير سنة ١٩٣٥ السابق الذكر أن ما جرى به قضاؤها من أن الحق المكتسب المانع من الطعن مناطه — على مقتضى قانون محكمة النقض — هو كون الحكم الصادر فى عهد القانون القديم قد أعلن وانقضى ميعاد الطعن فيه قبل بدء العمل بالقانون الجديد ، وأن الأحكام الصادرة فى عهد القانون القديم ولم تعلن للآن أو أعلنت ولم يمض عليها ميعاد الطعن عنـد وجوب العمل بالقانون الجديد إذا أعلنت بعد العمل به يجوز الطعن فيها أمام محكمة النقض — ما جرى به القضاء من ذلك لا يترتب عليـه مطلقاً صحة القول بأن الأحكام الانتهائية التى تكون قد صدرت فى عهد القانون القديم ولم تعلن للمحكوم عليهم جميعها يجوز الطعن فيها بطريق النقض حتى ولو كان قد قبلها الخصم ونفذها برضائه متجاوزا عن إعلانها إليه ؛ بل إذا كان المحكوم عليه قد قبل الحكم الصادر ضـده قبولا نهائيا دالا على استقرار مركزه من خصمه ومركز خصمه منه على الرغم من عدم إعلانه ، فقبوله الحكم وتنفيذه بالرضا على الوجه المتقـدم يسقط حقه فى الطعن فيه حتى ولو لم يكن قد أعلن إليه بالطريق المعتاد .

= الفقهى ، ما دام الشارع قد أشار فى قانون محكمة النقض إلى ما يجب اتباعه بالنسبة للأحكام الصادرة قبل العمل به . ثم قال الحكم إن الشارع فى المادة التاسعة من هذا القانون قد نص على جواز الطعن فى الأحكام الانتهائية بغير أن يقيدها بكونها الصادرة فى عهد القانون الجديد ، ثم بعد أن أورد ما قرره الشارع بنص المادتين ١٤ و ١٥ من قانون محكمة النقض والمادة العاشرة المكررة التى أضيفت إلى قانون المحاماة الصـادر فى ٢٦ أغسطس سنة ١٩١٢ بمقتضى المادة السادسة من قانون محكمة النقض ، ثم ما قرره بالمادة ٤٧ من هذا القانون — بعد ذلك قال الحكم إنه يتضح من نص هذه المادة الأخيرة أن الشارع قد أراد مد سلطان قانونه الجديد على الأحكام الصادرة قبله ، فاعتبر الأحكام التى أعلنت وانقضى فيها الميعاد (٣٠ يوماً) عند وجوب العمل بالقانون الجديد أنها قد أصبحت من الحالات القانونية الثابتة التى لا يصح مساسها واعتبر ماعداها من الأحكام وهى ما لم يعلن بعد أو أعلن ولما يمض عليه الميعاد ، من الأحوال التى ينعطف إليها القانون الجديد ، ولذلك عنى بالنص على ميعاد الطعن فيها . ثم قال : والظاهر أن الشارع فى أخذه بهذا المناط على ما ذكر لم ير حاجة للنص على مد ميعاد الطعن بالنسبة للأحكام التى لم تكن أعلنت عند العمل بالقانون الجديد لأنها إن بقيت بدون إعلان فميعاد الطعن فيها ممتد بطبيعته ما دام الميعاد لا يبتـدئ إلا من يوم إعلانها ، وإن أعلنت بعد العمل بالقانون الجديد فقد شملها وقضى لها بامتداد الميعاد .

الفصل الثالث

فيما يجب توافره فى الحكم من الشروط الخاصة

٢٢٨ — تشترط المادة ١٠ من قانون محكمة النقض لجواز الطعن فى أحكام المحاكم الابتدائية لمخالفة القانون أو الخطأ فى تطبيقه أو فى تأويله : (أولاً) أن يكون الحكم صادراً فى استئناف (وثانيا) فى قضية من قضايا وضع اليد أو فى مسألة اختصاص نوعى أو متعلق بوظائف المحاكم الأهلية .

أولاً — كون الحكم صادراً فى استئناف

٢٢٩ — أما اشتراط كون الحكم صادرا فى استئناف فالمقصود منه إخراج الأحكام التى تصدرها هذه المحاكم الابتدائية بصفتها درجة أولى ولا يكون الاستئناف فيها مقبولا بحسب نوعها أو قيمتها . والحق أن هذا الشرط يكاد يغنى عنه شرط كون الحكم صادرا نهائيا ، لأن الأحكام الصادرة فى مسائل الاختصاص من المحاكم الابتدائية بصفتها محاكم الدرجة الأولى كلها مما يجوز استئنافه عملا بالمادة ٣٥٠ مرافعات ، فلا يتصور القول بجواز الطعن فيها بالنقض مباشرة ؛ ولأن قضايا وضع اليد داخلة جميعها فى اختصاص القاضى الجزئى ، فلا يتصل بها قضاء المحاكم الابتدائية إلا عند استئناف الأحكام الصادرة فيها ، اللهم إلا إذا رفعت قضية وضع اليد مباشرة إلى المحكمة الابتدائية باتفاق الخصوم وكان حكمها انتهائيا ، ففى هذه الصورة وحدها تظهر فائدة النص على ذلك الشرط للاستناد إليه فى القول بعدم جواز الطعن فى الحكم بالنقض .

ثانياً — كونه صادرا فى قضية وضع يد أو فى مسألة اختصاص

٢٣٠ — (ا) فى قضية وضع يد : قد عللت المذكرة الإيضاحية جواز الطعن فى الأحكام الصادرة فى قضايا وضع اليد « بما لها من الأهمية بالنسبة للخصوم و بما تثيره من النقط القانونيه الدقيقة » . وفى الحق أن الكلام فى أنواع قضايا وضع اليـد وفى شروط كل منها — سواء أتعلقت هذه الشروط بالعقار أم بواضع اليد أم بمن ترفع عليه الدعوى — والكلام فى طبيعة هذه الدعاوى وفى أثر الحكم الصادر فيها وفى قوته وفى جواز الجمع بينها ودعوى الملكية — الكلام فى ذلك كله وفى غيره مما يتصل به فيه فقه كثير يجب أن يكون المرجع الأعلى فيه لمحكمة النقض .

٢٣١ — ولا يشترط لجواز الطعن فى الحكم الصادر فى قضية وضع اليد أن يكون حاسماً لمادة الدعوى برمتها ، بل يكفى أن يكون قد حسم الخصومة فى إحدى مسائلها ، كالحكم الصادر فى الدفع بعدم قبول دعوى استرداد الحيازة لأن رافعها لم يكن إلا مجرد حائز للعقار لا واضع يد عليه ، أو لأنه لم تمض على حيازته سنة ، أو فى الدفع المبنى على أن المدعى عليه — إذ لم يكن شريك الغاصب ولا واحدا من خلفائه — لا يصح اختصامه فى دعوى استرداد الحيازة ، أو فى الدفع بعدم قبول دعوى منع التعرض الفرعية التى يرفعها المدعى عليه تأسيساً على دعوى منع التعرض الأصلية التى رفعها عليه المدعى ، وكالحكم الصادر بوقف دعوى وضع اليد حتى يفصل فى دعوى الملك أو بعدم صحة المستند المقدم فيها أو بصحته ، أو فى الدفع بأن العقار من الأملاك العامة التى لا يصح قانوناً أن تكون محلا ليد محترمة ، أو فى الدفع بعدم قبول الدعوى لتضمنها الجمع بين طلب تثبيت الملك وطلب منع التعرض فى وضع اليد ، أو فى الدفع بسقوط دعوى وضع اليد لرفع مدعيها بعد السير فيها دعوى الملكية .

بل لايشترط أن يكون الحكم صادرا فى مسألة من مسائل وضع اليد ، و إنما يكفى أن يكون صادرا فى قضية من قضايا وضع اليد[1] . فيجوز الطعن فى الأحكام الصادرة فى الدفع بعدم قبول الدعوى لانعدام صفة الخصم أو لسبق الفصل فيها أو لحصول الصلح عنها ، أو فى طلب بطلان المرافعة ، أو فى الدفع بعدم قبول الاستئناف أو فى غير ذلك من المسائل التى يعرض أمثالها فى كافة أنواع القضايا . بل يجوز الطعن — كما قدمنا — فى الحكم الصادر ببطلان إجراءات الدعوى مثل صحيفة الاستئناف أو محضر التحقيق أو تقرير الخبراء .

وقد أثارت محكمة النقض هذه المسألة عند نظرها طعنا كان مبناه أن الحكم الاستئنافى قد اعتبر دعوى وضع اليد المرفوعة من الدعاوى المستعجلة وقضى لذلك بعدم قبول الاستئناف لرفعه بعد ميعاد العشرة الأيام الذى حددته المادة ٣٥٥ من قانون المرافعات لاستئناف الأحكام الصادرة فى الدعاوى المستعجلة المشار إليها فى المادة ٢ من قانون المرافعات ، فقالت : « وحيث إنه ربما يظن أن الطعن الحالى غير منصب على مخالفة القانون فى القواعد الخاصة بدعاوى وضع اليد بخصوصها بل إنه منصب على وصف الدعوى الصادر فيها الحكم من جهة استعجالها وعدم استعجالها — مما يعرض مثله فى الدعاوى سواء أكان موضوعها وضع اليد أم كان غيره — وأن ذلك يكون من الشبه التى يقال معها إن الطعن غير مقبول . ولكن يلاحظ أن نص المادة العاشرة بينما هو يضيق فى الفقرة الثانية فيقرر أن يكون الحكم صادراً فى مسألة اختصاص بخصوصها إذا هو فى الفقرة الأولى يطلق ميدان الطعن

(١) ومن تطبيقات محكمة النقض أنه صدر لشخص حكم على آخر بتسليم عقار ، وعند تنفيذه ادعى ثالث أنه مالك العين وانتهت معارضته فى التنفيذ باستئجاره العين ممن صدر له الحكم ، فرفع هذا المستأجر بعد ذلك على مؤجره دعوى منع التعرض وطلب فيها إلغاء عقد الإجارة وحكم له بطلباته ، ولما طعن خصمه فى هذا الحكم بطريق النقض دفع هو بعدم جواز الطعن فى شطر الحكم الخاص بإلغاء عقد الإجارة لعدم تعلقه بوضع اليد ، فرفضت محكمة النقض هذا الدفع وقالت : إن الحكم كله يعتبر صادراً فى قضية من قضايا وضع اليد يجوز للمحكوم عليه الطعن فيه (٢ يونيه سنة ١٩٣٢ المحاماة س ١٣ ص ١٥٧ رقم ٦٢ ومج س ٣٣ رقم ٢٠٧ ص ٤٢٥)

فيجعله شاملاً لجميع صور الأحكام فى قضايا وضع اليد ، مما يفيد أن الطعن يجوز فى كل حكم صادر فى قضية وضع يد سواء أكان مبناه مخالفة القانون فى مسألة من مسائل وضع اليد بخصوصه أم فى مسألة عرضية متصلة بقضية وضع اليد ، كمسألة وصف الدعوى الحاصل بخصوصه الطعن الحالى وهل هى مستعجلة قصيرة ميعاد الاستئناف أم عادية الميعاد استئنافها هو ميعاد الاستئناف المعتاد » ولذلك حكمت بقبول الطعن شكلا[١] .

٢٣٢ – (ب) فى مسائل الاختصاص : مسائل الاختصاص المنصوص عليها فى المادة ١٠ هى مسائل الاختصاص بحسب نوع القضية[٢] ، وبحسب أحكام المادتين ١٥ ، ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية[٣] .

وتقول المذكرة الإيضاحية فى تعليل جواز الطعن استثناء فى الأحكام الصادرة من المحاكم الابتدائية بصفة انتهائية فى مسائل الاختصاص[٤] « إن مسائل

(١) ن . م . م ٧ فبراير سنة ١٩٣٥ (المحاماة س ١٥ ق ١ رقم ١١٤ ص ٢٤٣ ومج . س ٣٦ عد ٨٨ ص ٢١٧)

(٢) يراد بقواعد الاختصاص النوعى تلك القواعد التى اعتمدها الشارع فى توزيع القضايا الداخلة فى وظائف المحاكم الأهلية بين طبقات هذه المحاكم طبقة طبقة ، وبهذا المعنى يقال إن هذه القضية مثلا هى من اختصاص القاضى الجزئى وتلك من اختصاص المحاكم الابتدائية ، كما يقال لا اختصاص لمحكمة الجنح فى نظر تلك الدعوى المدنية التى رفعت إليها ، ولا اختصاص لمحكمة الاستئناف فى الدعوى التى لم ترفع أصلا إلى المحكمة الابتدائية . والظاهر من نص المادة ١٣٤ أن الاختصاص النوعى ليس من النظام العام ، ولكن عدم الاختصاص المبنى على كون الدعوى قد رفعت لأول مرة أمام محكمة الاستئناف ، والمبنى على أن الدعوى قد رفعت إلى محكمة جنائية مع أنها غير متصلة بدعوى عمومية ، معتبران من النظام العام .

(٣) ويراد بهذا الاختصاص ، الاختصاص المتعلق بوظائف المحاكم الأهلية بالنسبة لغيرها من المحاكم أو جهات الحكم الأخرى .

(٤) ولا يصح الطعن فى الأحكام الصادرة من المحاكم الابتدائية بصفة استئنافية فى مسائل الاختصاص المركزى أو المحلى . والمراد به اختصاص كل محكمة معينة من طبقة معينه بما أعطى لها من حق الفصل فيه من القضايا الداخلة فى اختصاصها النوعى . وقواعد الاختصاص المركزى أو المحلى مبينة بالمادة ٣٤ من قانون المرافعات .

أما الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف فى مسائل الاختصاص المركزى فيصح الطعن فيها بمخالفتها للقانون فى قواعد هذا الاختصاص ، عملا بالنص العام الوارد بالمادة ١٠

الاختصاص الجزئي ما كانت لتعرض على محكمة النقض لو كانت الأحكام التي تفصل فيها استئنافياً لا يقبل الطعن فيها أمام هذه المحكمة ، ولا يخفى أن هناك مصلحة كبرى في أن تختص محكمة النقض في جميع المسائل المتعلقة باختصاص القضاء في كل درجاته » .

وإذن فالأحكام الصادرة في الدفع بعدم اختصاص المحكمة الجزئية بنظر الدعوى بناء على المادة ٢٦ أو ٣٠ من قانون المرافعات ، كالدفع مثلاً بأن المدعي لم يضف إلى قيمة الطلب الأصلي ما يجب أن يضاف إليها مما عده هو من الملحقات ولم يكن كذلك في الواقع [1] ، أو الدفع المبني على أن الدعوى تتضمن طلبات متعددة ناشئة عن سبب واحد يجوز جمع قيم بعضها على قيم البعض الآخر ، أو المبني على أن الدعوى رفعها متعددون على مدعى عليه بسند واحد فيجب ضم طلبات بعضهم إلى طلبات الباقين ، أو المبني على أن الدعوى يجب أن تقدر قيمتها على أساس آخر غير الذي على موجبه قدر المدعي قيمة دعواه ، كأن تكون دعوى استرداد محجوز عليه فيقدرها رافعها بقيمة دين الحاجز لا بقيمة ما حجز عليه من المنقولات ، أو تكون الدعوى متضمنة طلب الحكم بصحة عقد الإجارة فلا يقدرها رافعها بقيمة الأجرة في جميع المدة وهكذا — تلك الأحكام جميعها هي مما يجوز الطعن فيه بطريق النقض .

٢٣٣ — وكذلك الأحكام الصادرة في الدفع بعدم ولاية المحاكم الأهلية

(١) ولهذا نقضت محكمة النقض حكم محكمة استئنافية صادرا بعدم اختصاص المحكمة الجزئية ، وقد كانت قيمة الأرض المطلوب تثبيت ملكية المدعي فيها تدخل في نصاب القاضي الجزئي ، وكانت قيمة المباني المطلوب إزالتها أكثر من هذا النصاب (حكم ١٥ نوفبر سنة ١٩٣٤ القانون والاقتصاد س ٥ رقم ٦ والمحاماة س ١٥ ق ١ رقم ٧٩ ص ١٥٨) وقاعدته : إذا اقتصر مدعي ملكية أرض على طلب تثبيت ملكه المغتصب وتسليمه له خالياً مما يشغله به المدعى عليه من البناء ، تاركا له رفع أنقاضه وغير منازع له فيها ولا مدع الحق في شيء منها ، فطلبه الازالة يكون متفرعاً حتماً على ثبوت حقه في الملكية ، ولا يدخل في تقدير قيمة الدعوى تطبيقاً للمادة ٣٠ من قانون المرافعات التي تنص على أن ملحقات الطلب لا تعتبر في قيمة الدعوى .

فيما هي ممنوعة من القضاء فيه ، والأحكام الصادرة في الدفع بعدم دستورية قانون ، أو في مسألة متعلقة بالسيادة العليا أو بوقف تنفيذ أمر إداري أو تأويله ، أو الصادرة في نزاع داخل في اختصاص جهة إدارية معينة أو داخل في وظائف المحاكم المختلطة أو الشرعية أو غير داخل في وظائف القضاء ، أو في المنازعات المتعلقة بالأملاك العامة أو بربط الأموال أو بالدين العمومي — جميع الأحكام التي تصدر في هذه الشئون بالاختصاص أو بعدمه يجوز الطعن فيها بالنقض . و إذن فالأحكام الصادرة باختصاص المحاكم الأهلية بنظر الدعاوى المرفوعة على حكومة السودان ، أو بنظر دعاوى المطالبة بمصاريف القضايا الشرعية وأتعاب الخبراء المعينين من المجالس الحسبية ، أو بالقضايا المتضمنة طلب وقف بيع إداري أو إلغاء حجز إداري كذلك ، أو إلغاء قرار صادر من مجلس تأديب بفصل موظف و بحرمانه من المعاش ، أو إبطال قرار صادر من مجلس الوزراء بإحالة موظف على المعاش — كل هذه الأحكام وما ماثلها يجوز الطعن فيها أمام محكمة النقض ، سواء أكان الحكم صادراً بالاختصاص أم بعدم الاختصاص ، وسواء أكان القضاء في ذلك قصديا أم ضمنياً [1] . و يعتبر الحكم الصادر في الموضوع أنه ضمني في الاختصاص ، كلما كانت مسألة الاختصاص قائمة في الخصومة ، سواء أثارها الخصوم أنفسهم في الوقت المناسب أم كان الاختصاص من النظام العام . وكذلك يعتبر الحكم أنه صادر في مسألة اختصاص إذا قضى في مسألة عدم جواز

(١) ن . م . م ٤ مايو سنة ١٩٣٣ (مجلة القانون والاقتصاد س ٣ رقم ١١٨ ص ١١٨ والمحاماة س ١٣ رقم ٦١٦ ص ١٢٠٩) وقاعدته : إذا عقدت شركة لمدة محدودة ، ونص في عقد تأسيسها على أن محكمة جزئية معينة تكون مختصة بالحكم نهائيا فيما ينشأ من نزاع بشأنها ، ثم ادعى أحد العاقدين قيام الشركة مدة أخرى ، ورفع دعوى بطلب الحساب عنها وتصفيتها أمام المحكمة المتفق على اختصاصها ، وأنكر عليه خصمه قيام الشركة في تلك المدة ، كان الفصل في قيام الشركة وعدم قيامها من اختصاص القاضي العادي بحسب القواعد العامة لا من اختصاص المحكمة المتفق على تحكيمها في النزاع . فاذا حكمت المحكمة التي رفعت إليها تلك الدعوى باختصاصها ، وحكمت بتعيين خبير لتصفية حساب الشركة ، ثم حكمت بالزام المدعى عليه بما أظهرته التصفية ، فاستأنف هو هذه الأحكام الثلاثة وحكمت المحكمة الابتدائية بهيئة استئنافية بعدم قبول الاستئناف عملا بالشرط المتفق عليه في عقد الشركة ، كان حكمها جائزاً الطعن فيه بطريق النقض لصدوره في الواقع في مسألة اختصاص .

إبداء الدفع بعدم الاختصاص لأى سبب من الأسباب .

٢٣٤ — ويتفرع على كون الأحكام الصادرة فى مسائل الاختصاص يجوز استئنافها مهما كانت قيمة المدعى به (المادة ٣٥٠ مرافعات) ، وعلى جواز الطعن بالنقض فى الأحكام الصادرة من المحاكم الابتدائية بهيئة استئنافية فى مسائل الاختصاص النوعى أو الاختصاص بحسب المادتين ١٥ و ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية ، دون غيرها ، ما يأتى :

أولاً — أنه لا يجوز الطعن فى الأحكام الصادرة من محاكم الدرجة الأولى لمخالفتها لقواعد الاختصاص حتى لو كانت القاعدة التى خولفت من النظام العام ، إنما يتعين الطعن فيها بالاستئناف[١] .

ثانياً — أنه إذا حكمت المحكمة الابتدائية بهيئة استئنافية فى مسألة من مسائل الاختصاص المتقدمة الذكر ، فإن حكمها يكون قابلاً للطعن بطريق النقض ولو كان الحكم الجزئى الصادر فى الموضوع لا يجوز استئنافه .

ثالثاً — أنه إذا قضت هذه المحكمة الابتدائية بإلغاء الحكم الصادر بعدم الاختصاص وتصدت للموضوع وفصلت فيه ، جاز الطعن فى حكمها الصادر فى مسألة الاختصاص فحسب ، وتعلق حكمها فى الموضوع على نتيجة هذا الطعن .

رابعاً — أنه إذا أصبح حكم محكمة الدرجة الأولى الصادر بالاختصاص حائزا لقوة الشىء المحكوم به واستؤنف الحكم الصادر فى الموضوع ، فالحكم الصادر فى هذا الاستئناف لا يجوز الطعن فيه بالنقض[٢] . أما إذا دفع فى هذه الصورة

---

(١) تيسييه ص ٤٥٠ و ن . ف ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٨ (س ٩١٤ — ١ — ٢٦٣) و ٢٢ يوليه سنة ١٩١٣ (س ٩١٤ — ١ — ٢٦٢)

(٢) ولو كان الاختصاص المتنازع عليه متعلقاً بعدم ولاية المحاكم الأهلية بنظر الدعوى ، احتراماً للحكم النهائى وإعمالا لقوة الشىء المحكوم به التى تعلو كل اعتبار آخر . وقد قضت محكمتنا بأنه إذا كان وجه الطعن مبنيا على عدم اختصاص المحاكم الأهلية بحسب المادتين ١٥ و١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية ، وكان هذا الدفع بعدم الاختصاص قد عرض على المحكمة الجزئية وقضت برفضه تنصيصاً عليه ثم لم يطرح على المحكمة الاستئنافية ولم تقض فيه ، حتى=

بعدم الاختصاص من جديد أمام محكمة الدرجة الثانية فإن الحكم فى جواز هذا الدفع يعتبر صادراً فى مسألة اختصاص ، و يجوز الطعن فيه بالنقض من هذه الناحية .

تنبيـــــه

إلى ما تجب مراعاته عند تعدّد الأحكام فى القضية الواحدة

٢٣٥ — ولما كان قد يصدر فى القضية الواحدة من بدء رفعها إلى حين البت فيها أحكام متعاقبة ، أو حكم واحد تتقاسمه مسائل الدعوى وطلبات الخصوم فيها ، فمن الحق أن يعتبر كل واحد من هذه الأحكام — أو كل جزء من الحكم فاصل فى مسألة من مسائل الدعوى — وحدة متميزة عن غيرها من جهة تطبيق أحكام جواز الطعن فيه بالاستئناف[١] ثم بالنقض[٢] ، أو عدم جوازه . فالحكم الذى له جانب قطعى وجانب تمهيدى يجوز الطعن فى جانبه القطعى استقلالا ، أما جانبه التمهيدى فلا يجوز الطعن فيه بطريق النقض إلا مع الحكم القطعى الصادر فى الدعوى . وفى الدعوى التى لا تزيد قيمتها على النصاب الانتهائى للقاضى الجزئى ، إذا حكمت المحكمة برفض الدفع بعدم اختصاص المحاكم الأهلية

= يكون قضاؤها مسوغاً لإمكان الطعن فى حكمها بذلك الوجه ، كان الطعن غير مقبول (١٧ يناير سنة ١٩٣٥ القانون والاقتصاد س ٥ رقم ٢٤ ص ٧٣ والمحاماة س ١٥ ق ١ رقم ١٠٤ ص ٢٢٥)

(١) ويجب الرجوع لمعرفة ما إذا كان الحكم القطعى الفرعى ابتدائيا أم انتهائيا إلى وقت صدوره لا إلى وقت صدور الحكم القطعى الأخير فى الدعوى ، وذلك لأن الدعوى قد تتغير قيمتها بما يرد عليها من تعديل فى الطلبات بعد صدور الحكم الأول وقبل صدور الحكم الثانى (فاى ص ٦١ هامش ١٥)

(٢) فاى فى المرجع السابق وربرتوار دالوز فقرة ٩٥ وما بعدها وتعليقات دالوز من فقرة ٤٥٣ إلى ٤٦٧ و ن . م . م ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٣٥ السابق الذكر (فقرة ٢٢٣ من هذا الكتاب) وقاعدته : إذا كان الحكم المطعون فيه يقضى لمصلحة الطاعنين ببعض طلباتهم ويقضى عليهم لخصومهم ببعض طلباتهم ، وكانت الطلبات التى قضى فيها متميزة بعضها من بعض ومستقلة الواحد عن الآخر ، فصدور مثل هذا الحكم على مثل ما صدر به يجعله متعدد الأجزاء من جهة تطبيق أحكام جواز الطعن أو تطبيق أحكام عدم جوازه لانقضاء الميعاد أو لقبول الحكم .

وقضت فى الموضوع بطلبات المدعى فان الحكم الصادر فى مسألة الاختصاص هو الذى يكون استئنافه مقبولا ، وإذا استؤنف يكون الحكم الاستئنافى مقبولا الطعن فيه بطريق النقض . ومن طلب الحكم له على المدعى عليه بشئ ، وعلى من اختصمه هو ضامناً له بشئ آخر ، ثم قضى له على الضامن بما طلب ، فانه يكون له أن يطعن فى جزء الحكم الصادر برفض الطلب الأصلى[١] . ومن قضى له بطلبه الاحتياطى يكون له أن يطعن فى الحكم الصادر برفض طلبه الأصلى[٢] .

على أن هذه القاعدة التى تقضى باعتبار كل حكم صادر فى مسألة أو طلب مستقلا عن غيره لا ينبغى الأخذ بها فى جميع الأحوال ، على ما ستراه فى موضعه من هذا الكتاب . فقد يغنى الطعن فى الحكم الصادر فى مسألة جوهرية عن الطعن فى الأحكام الأخرى الصادرة فى باقى مسائل الدعوى ، إذا لم تكن هذه الأحكام فى الواقع إلا تنفيذا للحكم الأول ، أو مؤسسة عليه ، إذ القضاء بنقض الحكم الأول يترتب عليه بالضرورة نقض الأحكام الأخرى ، المؤسسة عليه (المادة ٣١ من القانون)[٣] . وكذلك قد يترتب على ترك الطعن فى حكم وصيرورته انتهائيا لا يجوز الطعن فيه عدم قبول الطعن فى غيره من الأحكام التى تأسست عليه ، متى كان مبنى الطعن فيها هو ما وقع فى الحكم الأول من مخالفة للقانون أو خطأ فى تطبيقه أو فى تأويله .

---

(١) ربرتوار دالوز فقرة ٩٦ وجارسونيه ص ٦٣٦ هامش ١١

(٢) تعليقات دالوز فقرة ٤٤٨ و ن . ف ١٠ أغسطس سنة ١٨٤١ وقد أشير إليه بفقرة ١٠٠ من ربرتوار دالوز .

(٣) وراجع فقرة ٣٤٧ من هذا الكتاب .

الباب الثانى

ميعاد الطعن بطريق النقض

(١) متى يتحتم تقديم الطعن فى ميعاد معين وهل يصح رفعه فوراً ؟

٢٣٦ — الأصل أن من له حق الطعن فى حكم لا يتحتم عليه تقديمه فى ميعاد معين ، إلا إذا أعلن له الحكم . ولهذا لا يكون للمحكوم له أن يرفع الدعوى على المحكوم عليه (الذى لم يعلن بالحكم) بطلب بطلان المرافعة لانقضاء ثلاث سنوات على تاريخ صدور الحكم[١] ، ولا أن يدفع بعدم قبول الطعن بزعم أن دعوى الطاعن كانت تتضمن المطالبة بدين يسقط الحق فيه بمضى خمس سنوات مثلا ، وأنه متى سقط الحق فى الدعوى بالتقادم سقط حق الطعن فى الحكم الصادر برفضها[٢] .

٢٣٧ — والأصل كذلك أن لمن له حق الطعن فى حكم أن يقدم طعنه فيه على الفور من يوم صدوره[٣] . غير أن المادة ١٢ من القانون قد نصت على عدم قبول الطعن فى الحكم الغيابى ما دام الطعن فيه بطريق المعارضة جائزا ، والمادة التاسعة من هذا القانون — بنصها على أن الأحكام التحضيرية والتمهيدية لا يجوز أن يرفع عنها طلب نقض مستقل — قد دلت على أن هذه الأحكام لا يجوز الطعن فيها قبل صدور الحكم القطعى فى الدعوى .

---

(١) ن . ف ٣١ يناير سنة ١٨١٦ (أشير إليه فى ربرتوار دالوز فقرة ٤٧٩)

(٢) ن . ف ٢٨ يوليه سنة ١٨٢٤ (أشير إليه فى ربرتوار دالوز فقرة ٦٩٤)

(٣) ومتى شاء ، إلى أن يسقط الحق فيه بمضى المدة أو يسقط الحكم بالتقادم . انظر ن . ف ٣١ مارس سنة ١٨٦٩ (د ٦٩ — ١ — ٤٠٥) وجارسونيه ص ٦٩٦ هامش ٧ وع . ف ١١ يونيه سنة ١٨٩٠ (د ٩١ — ١ — ٣٥)

(٢) ميعاد الطعن – مبدؤه وقواعد احتسابه

٢٣٨ – *فى القانون الفرنسى* : كانت لائحة ٢٨ يوليه سنة ١٧٣٨ تنص على أن ميعاد الطعن هو على وجه عام ستة شهور تبتدئ من تاريخ إعلان الحكم ، وكانت تستثنى الكنائس والمستشفيات والمحلات الخيرية و بعض الجمعيات الدينية والعلمانية والمقيمين خارج فرنسا والغائبين فى خدمة الدولة ، فقد سمحت لبعضهم برفع طعنه فى سنة والبعض الآخر فى سنتين ، وكانت توجب إعلان الحكم إلى ورثة من يتوفى ، وتعطى للبلغ منهم ستة شهور جديدة تبتدئ من يوم إعلانهم ، وللقصر ستة شهور تمضى من يوم إعلانهم بعد بلوغ الرشد ، ثم كانت تجيز مع ذلك رفع الطعن بعد هذه المواعيد إذا أذن الملك وأصدر باذنه توقيعاً خاصا كان يعرف فى ذلك العهد باسم (lettre de relief) [(١)] . ولما عدل قانون أول ديسمبر سنة ١٧٩٠ هذه اللائحة نصت المادة ١٤ منه على أن ميعاد الطعن ثلاثة شهور ، وأنه يجرى فى حق جميع المقيمين فى فرنسا بغير تمييز بينهم ، وأنه لا يزاد عليه بأية حجة ، وأن أى طلب بأية زيادة عليه غير مقبول [(٢)] . ثم أنقص قانون ٢ يونيه سنة ١٨٦٢ ميعاد الطعن إلى شهرين (المادة الأولى) [(٣)] وجعل مبدأه فى الأحكام الحضورية تاريخ إعلانها إلى نفس الخصم أو إلى محله ، وفى الأحكام الغيابية التاريخ الذى تصبح فيه المعارضة غير مقبولة . وزادت المادة الرابعة من هذا القانون للغائبين عن فرنسا مواعيد أخرى تختلف باختلاف محال

---

(١) راجع المواد ٨ و ٩ و ١٠ و ١٣ و ١٤ من الباب الرابع من الكتاب الأول من هذه اللائحة المنشورة فى ربرتوار دالوز جـ ٧ ص ٦

(٢) نشر هذا القانون فى ربرتوار دالوز بهامش الصحيفة ص ٢٢ ولسكوت هذه النصوص عن ميعاد الطعن فى حق الغائبين كانت محكمة النقض تطبق فى حقهم لائحة سنة ١٧٣٨ (ملحق دالوز فقرة ١٣٤)

(٣) نشرت هذه المواد فى تعليقات دالوز بالهامش رقم ١ ص ١٤٨

إقامتهم ، ونصت المادة التاسعة على أن المواعيد المحددة بهذا القانون جميعها كاملة ، وعلى أنه إذا كان اليوم الأخير من كل منها يوم عيد امتد الميعاد إلى اليوم التالى (١) .

وقد فهم من هذه النصوص أن ميعاد الطعن واحد فى حق الكل ، بالغا كان الطاعن أو قاصراً ، وأنه يقطع بوفاة المحكوم عليه السابق إعلان الحكم إليه ، ولا يضاف للمقيمين بفرنسا أى ميعاد مسافة (٢) و (٣) .

٢٣٩ — *فى القانون المصرى* : أما ميعاد الطعن عندنا فهو ثلاثون يوما فى جميع الأحوال ، أياً كان نوع القضية وأهميتها ، وأياً كانت المحكمة التى أصدرت الحكم ، وأياً كان رافع الطعن فرداً من آحاد الناس أو مصلحة حكومة ، وأياً كان وجه الطعن . وهذا الميعاد غير كامل بمعنى أنه لا يمتد إلى اليوم التالى لليوم الثلاثين (٤) و (٥) ، وإذا كان اليوم الأخير من الميعاد يوم عطلة رسمية امتد الميعاد إلى اليوم التالى . ويجرى الميعاد عندنا قبل جميع الناس ، قصرا وغائبين ومحجورا عليهم ومفلسين .

---

(١) وراجع المواد ٢ و ٣ و ٤ من القانون البلجيكى الصادر فى ٢٥ فبراير سنة ١٩٢٥ (مجموعة القوانين البلجيكية لجان دبول سرفيس طبعة سنة ١٩٢٨ ص ١٤٦٩)

(٢) راجع فى تفصيل هذه الأحكام جارسونيه فقرة ٣٩٩ و ٤٠٠ ص ٦٩٧ و ٦٩٨ وهوامشها وفاى فقرة ٤٨ ص ٧٦ وهامش رقم ١ ، ويرى جلاسون وكولمت داج وقف الميعاد بوفاة المحكوم عليه (جـ ٢ فقرة ١٠٩٥ ص ١٨٣) والرأى الأول هو الذى أقرته محكمة النقض الفرنسية (تعليقات دالوز فقرة ١٠٧٨ وما بعدها)

(٣) أما فى بلجيكا فسريان الميعاد فى حق القاصر والمحجور عليهم منصوص عليه فى المادة الرابعة من قانون ٢٥ فبراير سنة ١٩٢٥ المتقدم الذكر . أما انقطاعه بوفاة المحكوم عليه السابق إعلان الحكم إليه ، فمنصوص عليه كذلك فى المادة الخامسة من هذا القانون .

(٤) ميعاد الطعن بالنقض هو كميعاد الاستئناف من المواعيد التى يجب إجراء الطعن فى أثنائها ، فهو لذلك غير كامل بحسب القواعد العامة . ولو أراد الشارع جعله كاملا لنص على ذلك كما نص عليه فى ميعاد استئناف الحكم الصادر فى دعوى استرداد المنقولات المحجوز عليها (المادة ٤٧٨ مرافعات — الفقرة الأخيرة) وهو فى فرنسا معتبر ميعاداً كاملا (المادة ٩ من قانون سنة ١٨٦٢ — تيسييه فقرة ٩٤٢ ص ٤٦٢)

(٥) ن . م . م ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٣٥ (القانون والاقتصاد س ٦ رقم ٢ ص ٦ والمحاماة س ١٦ رقم ٢٠٣ ص ٤٦٣)

٢٤٠ — **هل يوقف ميعاد الطعن وبم يوقف** ؟ ويقاس هذا الميعاد على ميعاد الاستئناف فيقال بوقفه بوفاة المحكوم عليه لاتحاد علة الحكم فى البابين وهى جهل الورثة سبق صدور الحكم على مورثهم وسبق إعلانه ، وإذًا فموت المحكوم عليه يوقف ميعاد الطعن إلى أن يعلن الحكم إلى ورثته فى آخر محل كان لمورثهم (المادة ٣٥٨ مرافعات) فتجرى الأيام الباقية من الميعاد ، ويؤكد الأخذ بهذا القياس أن وقف الميعاد فى باب الاستئناف هو فرع عن وقف الدعوى بوفاة أحد الخصوم الوارد حكمه فى المادة ٢٩٩ من قانون المرافعات [١] .

ولا يوقف الميعاد أن يكون الحكم قد وصف بأنه ابتدائى وأنه استؤنف فعلاً ، لأنه إذا كان انتهائياً فى واقع الأمر فاستئنافه يكون لغوا غير مؤثر فى ميعاد الطعن بطريق النقض .

وكذلك لا يوقف الميعاد قيام دعوى تفسير أمام المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه لبعض أجزائه التى لم يطعن فيها ، لأن دعوى التفسير لبعض أجزاء الحكم لا تمنع من الطعن فى الأجزاء الأُخَر . أما إذا تعلق التفسير بالأجزاء التى يراد الطعن فيها بطريق النقض فوقف الميعاد متعين ، لأن الخصوم إذ لا يستطيعون معرفة المعنى الحقيق للحكم قبل تقريره بينهم من محكمة التفسير فهم لا شك عاجزون عن معرفة ما إذا كانت المحكمة قد خالفت القانون حقاً أو أخطأت فى تطبيقه أو فى تأويله [٢] .

والقوة القاهرة ، من نحو حرب أو ثورة تقطع المواصلات ، توقف ميعاد الطعن كما توقف مواعيد الطعون الأخرى [٣] .

---

(١) وقد أخذ بهذا القياس فى باب التماس إعادة النظر (ناشد حنا ص ٥٤ والعشماوى جـ ٢ فقرة ٩٦٣ وأبو هيف فقرة ١٢٧٦)

(٢) جارسونية فقرة ٣٩٩ ص ٦٩٨ هامش ١٠

(٣) جارسونية فقرة ٤٠٠ و ن . ف ٧ مارس سنة ١٨٤٩ (د ٤٩ — ١ — ١٢٣) و ن . ف . ج ٧ مارس سنة ١٩٣١ (س ٩٣٢ — ١ — ٣٥٣ وتعليق هيجنى)

٢٤١ — هل للطاعن ميعاد مسافة ؟[1] : ويضاف إلى ميعاد الطعن عندنا ميعاد مسافة بين المحل الذى أعلن فيه الطاعن بالحكم ومدينة القاهرة حيث محكمة النقض والإبرام التى يجب عمل تقرير الطعن بقلم كتابها[2] . ذلك لأن الأصل فى المواعيد المعينة فى القانون — على ماجاء بالمادة ١٧ من قانون المرافعات — الزيادة عليها يوما لكل مسافة ثمانى ساعات بين محل الخصم المطلوب حضوره أو الصادر له التنبيه والمحل المقتضى حضوره إليه بنفسه أو بواسطة وكيل عنه . ولا شك فى أن إعلان الحكم إلى الخصم يتضمن التنبيه عليه برفع الطعن فى الميعاد والحضور إلى قلم كتاب محكمة النقض لتقرير الطعن فيه . ولا يقال إن الشارع لو كان أراد إضافة ميعاد مسافة ما إلى ميعاد الطعن لنص على هذه الإضافة — كما فعل فى باب الاستئناف — لأن النص على هذه الإضافة فى ذلك الباب لم يجر مجرى الاستثناء وإنما جرى مجرى أصله المتقدم ذكره فى المادة ١٧ من قانون المرافعات[3] .

وقد قررت محكمتنا[4] أن ميعاد المسافة ، بحسب المادة ١٧ مرافعات ، إنما هو زيادة على أصل الميعاد ، وكونه زيادة على الأصل يفيد بداهة أنه يتصل به مباشرة بحيث يكون هو وإياه ميعاداً واحداً متواصل الأيام . فمثلاً إذا كان الميعاد ينتهى آخره وسط أيام عطلة تستمر من بعده وكان لصاحب الشأن ميعاد مسافة فإنه يأخذ

---

(١) يحسن التنبيه بأن لا محل للاستئناس فى ذلك بفقه القانون الفرنسى ، لأن فقهاءه قد فهموا من نصوصه عدم وجوب إضافة ميعاد مسافة إلى ميعاد الطعن بالنسبة للمقيمين بفرنسا (المادة ١٤ من قانون أول سبتمبر سنة ١٧٩٠ والمواد ١ و ٢ و ٥ من قانون ٢ يونيه سنة ١٨٦٢) أما غير المقيمين بها فقد كانوا يعطون المواعيد المبينة بالمادة ٧٣ من قانون المرافعات ثم عدلت هذه المواعيد بقانون ١٣ مارس سنة ١٩٢٢ (انظر تيسييه فقرة ٩٤٢ ص ٤٦٣)

(٢) راجع مقالنا « ما يضاف من مواعيد المسافة إلى ميعاد الاستئناف » فى مجلة المحاماة سنة ٤ ص ٥٢٠ وما بعدها .

(٣) ن . م . م ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٣٤ (القانون والاقتصاد س ٥ رقم ٨ ص ١٨ والمحاماة س ١٥ ق ١ عد ٨١ ص ١٦٥)

(٤) ن . م م ٢٠ يونيه سنة ١٩٣٥ (القانون والاقتصاد س ٥ رقم ٨٧ ص ٢٨٨ والمحاماة س ١٦ رقم ١١٥ ص ٢٧٧)

هذا الميعاد متلاحقا متصلا مباشرة بأيام أصل الميعاد ، وبذلك لا تؤثر العطلة فى امتداده . وقررت أيضاً أن مبدأ القانون فى شأن المواعيد أن العطلة غير موقفة لسريانها بل إنها تسرى فى أثنائها ، وكل ما أجازه بحسب مفهوم المادة ١٨ مرافعات أن الميعاد إذا وقع آخره يوم عطلة فإنه يمتد لليوم التالى فإن كانت الأيام التالية أيام عطلة امتد الميعاد لأول يوم عمل بعد هذه العطلة .

٢٤٢ — **جواز رفع الطعن الفرعى بعد انقضاء الميعاد** : وقد بيَّنا أن للمدعى عليه أن يطلب من جانبه نقض الحكم المطعون فيه من خصمه ، على الرغم من قبوله هو إياه ، وعلى الرغم من انقضاء ميعاد الطعن بشرط أن يقدم طلبه على الصورة التى يقدم بها الطعن الأصلى . وقد أقمنا جواز تقديم هذا الطلب على أساس أن قبول المدعى عليه للحكم يعتبر معلقاً على قبول خصمه [1] .

٢٤٣ — **مبدأ ميعاد الطعن** : يبدأ الميعاد من يوم إعلان الحكم فى جميع الأحوال [2] .

٢٤٤ — وإذ كانت القاعدة أن الإنسان لا يجوز أن يفترض له أنه يسد الطريق على نفسه بعمل نفسه (Nul ne se forclôt soi - même) فلا يجرى إذاً حكم وجوب رفع الطعن فى الميعاد إلا فى حق من أعلن له الحكم لا فى حق من قام بإعلانه [3] . فاذا كان كل طرف من الخصوم قد حكم له وحكم عليه ، وجب على كل منهما إعلان الحكم لخصمه ليوجب عليه رفع الطعن فى الميعاد .

(١) فقرة ٢٢٦ من هذا الكتاب .

(٢) وهكذا يحسب ميعاد الطعن فى الحكم الصادر على خلاف حكم سابق . انظر جارسونية فقرة ٣٩٧ ص ٦٩٦ هامش ٩ وتيسييه فقرة ٩٤٤ ص ٤٦٤ .

(٣) وقد دفع أمام محكمة النقض بأن ميعاد الطعن يسرى فى حق معلن الحكم كما يسرى فى حق المعلن إليه واحتج له : (أولا) بأن المادة ١٤ من قانون انشاء محكمة النقض نصت على أن الميعاد هو ثلاثون يوماً من تاريخ إعلان الحكم ، وهذا النص عام مطلق لا قيد به يخصصه بمن يعلن إليه الحكم دون من يعلنه ، بل إنه لعمومه وإطلاقه يسرى فى حق المعلن كما يسرى فى حق المعلن إليه . و (ثانياً) بأن اتجاه الشارع المصرى هو إجراء الميعاد على المعلن والمعلن =

٢٤٥ — ويتفرع على ذلك أنه إذا تعدد المحكوم عليهم أو المحكوم لهم وتبادلوا بينهم إعلان الحكم فان ميعاد الطعن لا يجرى — مبدئيا — إلا فى حق من أعلن له الحكم ، ولا يستفيد من هذا الاعلان إلا من قام به [1] .

٢٤٦ — والأحكام التى يترتب على إعلانها وجوب رفع الطعن فيها فى الميعاد هى الأحكام الحضورية حقيقة أو حكما (وهى التى تكون غيابية فى واقع الأمر ، ولكن القانون اعتبرها حضورية) ، كالأحكام الصادرة على الغائب بعد سبق الحكم باثبات غيبته و إعادة إعلانه لجلسة أخرى (المواد ١٢٣ و ١٢٧ و ٣٤٠ مرافعات) والأحكام التى منع الطعن فيها بطريق المعارضة بنص صريح لاعتبارات مختلفة ، كالأحكام الصادرة فى دعوى استرداد المنقولات المحجوز عليها (المادة ٤٧٨ مرافعات) وفى دعوى استحقاق العقار المنزوعة ملكيته (المادة ٦٠٠ مرافعات) ، وفى دعاوى الشفعة (المادة ١٧ من قانون الشفعة) .

= إليه ، بدليل أنه فى سنة ١٩١٣ عدل المادة ٣٩٨ من قانون المرافعات المختلط تعديلا جعل به ميعاد الاستئناف يسرى على من أعلن الحكم مثل ما يسرى على المعلن إليه ، وإذا كان هذا هو اتجاهه فى أمر الاستئناف فمراعاته فى الطعن بطريق النقض أوجب لأن هذا الطريق غير عادى بخلاف الاستئناف الذى هو طريق عادى . فرفضت محكمة النقض هذا الدفع وقالت فى حكمها : إنه مهما يكن من وجاهة نظرية المطعون ضدهم فإنه . . . . يتعين فى الطعن بطريق النقض الأخذ بقاعدة أنه « لا يجوز أن يفترض للانسان أنه يسد الطريق على نفسه بفعل نفسه » (ن . م . م ٢٠ يونيه سنة ١٩٣٥) (القانون والاقتصاد س ٥ رقم ٨٨ ص ٢٩٥ والمحاماة س ١٦ رقم ١١٧ ص ٢٨١)

(١) وفى ذلك قالت محكمتنا فى حكم أصدرته فى ٢٠ يونيه سنة ١٩٣٥ « وحيث إن ما ذهبت إليه محكمة الاستئناف من جواز الاكتفاء باعلان الحكم من أحد المحكوم لهم للمحكوم عليه ، واعتبار من أعلن له الحكم معلناً منهم أجمعين ومتمكناً بذلك من إجراء الاستئناف فى الميعاد القانونى ، بحيث إذا رفع استئنافه ضد من لم يعلنه بالحكم كان هذا الاستئناف غير مقبول شكلا لرفعه بعد الميعاد — ما ذهبت إليه من هذا غير صحيح على إطلاقه : ذلك لأن آثار إعلان الأحكام بين الخصوم لا تكون إلا بين من أعلن الحكم ومن أعلن له ، سواء تعدد المحكوم لهم أو المحكوم عليهم ، وذلك فيما عدا حالة عدم التجزئة أو حالة التضامن المفيدة قانوناً توكيل بعض المتضامنين للبعض الآخر فى عمل ما هو من مصلحة جميعهم ... (ن . م . م ٢٠ يونيه سنة ١٩٣٥) (القانون والاقتصاد س ٥ رقم ٨٦ ص ٢٨٧ والمحاماة س ١٦ رقم ١١٤ ص ٢٧٥)

٢٤٧ — وكذلك الأحكام الغيابية الصادرة فى المعارضة يجرى ميعاد الطعن فيها من يوم إعلانها ، والمراد بها الأحكام الصادرة غيابيا على المعارض لأن الشارع قد منع المعارضة فيها بنص المادة ٣٤٠ مرافعات فأنزلها بذلك منزلة الأحكام الحضورية (١) . أما الحكم الذى يصدر على المعارض ضده فى غيبته هو فإنه — إذ تجوز فيه المعارضة — يجب ألا يبتدئ ميعاد الطعن فيه بطريق النقض إلا على مثل ما يبتدئ فيه ميعاد الطعن فى الأحكام الغيابية .

٢٤٨ — وأما الأحكام الغيابية التى تجوز فيها المعارضة فلا يبتدئ ميعاد الطعن فيها إلا من التاريخ الذى تصبح فيه هذه المعارضة غير مقبولة . ولما كان الرأى الراجح فقهاً وقضاء أن المعارضة لا تمحو الحكم الغيابى ، وكان يحتمل أن تقضى المحكمة بعدم قبول المعارضة لرفعها بعد الميعاد أو لرفعها عن حكم غيابى لا تجوز فيه المعارضة أو ببطلان صحيفة المعارضة ، كما يحتمل أن تقضى فى موضوع المعارضة بتأييد الحكم الغيابى أو بإلغائه أو بتعديله ، أو تنتهى الخصومة بسبب آخر غير الحكم فى موضوعها — لما كان الأمر كذلك ، وجب أن نبين متى يصح القول فى كل من هذه الصور بأن المعارضة قد أصبحت فى معنى نص القانون غير مقبولة ، وأن ميعاد الطعن بالنقض قد ابتدأ ووجب احتسابه من هذا المبدأ فنقول :

أما الحكم الصادر ببطلان صحيفة المعارضة فلا يترتب عليه لذاته القول بأن المعارضة فى الحكم الغيابى أصبحت غير مقبولة ، لأن المعارض يجوز له أن يجدد معارضته بصحيفة صحيحة ما دام الميعاد ممتدا . أما إذا صدر الحكم بعدم قبول المعارضة شكلا لرفعها بعد الميعاد ، أو بعدم جوازها لأن الحكم لا تجوز المعارضة

---

(١) ومع ذلك فان الحكم الذى يصدر غيابياً على المعارض بطلبات جديدة وجهت إليه فى خصومة المعارضة تصح فيه المعارضة . وقد قلنا فى مذكراتنا إنه ليس فى القواعد العامة ما يمنع المعارض ضده من توجيه طلبات إضافية لم يكن قد سبق تقديمها قبل صدور الحكم الغيابى ، أو من إدخال ضامن فى الدعوى ، أو من تدخل شخص ثالث فى الخصومة ، بشرط ألا يكون من شأن النظر فى هذه الطلبات الجديدة أى مساس بحجية ما قضى به الحكم الغيابى على المعارض ضده .

فيه ، فان ميعاد الطعن بطريق النقض فى الحكم الغيابى يبتدئ من يوم انقضاء ميعاد المعارضة فى الصورة الأولى ، ومن يوم إعلان هذا الحكم الغيابى فى الصورة الثانية ؛ لأن المعارضة التى رفعت غير صحيحة فى الصورتين ، لم يكن من شأنها تعليق ميعاد الطعن فيهما .

هذا على أن الحكم الصادر فى المعارضة يجوز الطعن فيه و يبتدئ ميعاده من يوم إعلانه . فإن كان الحكم قد صدر برفض المعارضة موضوعا و بتأييد الحكم الغيابى ، فإن ميعاد الطعن فى كلا الحكمين يبتدئ من يوم إعلان الحكم الثانى على ما نرجحه . و إذا طعن فى أحدهما فإن الطعن ينسحب على الآخر إذا اعتمد الحكم الثانى على أسباب الحكم الأول الذى عورض فيه ؛ و إننا مع ذلك نوصى رافع الطعن بالنص فى تقرير طعنه على أنه يطعن فى كلا الحكمين ، وكيما يستطيع أن يحسم بنفسه ما يمكن أن يقع فى هذا الشأن من اختلاف فى النظر الفقهى[1] . أما إذا حكم بتعديل الحكم الغيابى أو بإلغائه ، فإن ميعاد الطعن فى الحكم الصادر فى المعارضة يبتدئ من يوم إعلانه ، وأما ميعاد الطعن فى الحكم الغيابى الأول ، فقد يقال إنه يبتدئ بالنسبة للخصم الحاضر فى الخصومة الأولى من اليوم الذى صدر فيه الحكم الثانى ، لأنه اليوم الذى يمكن أن يقال إنه قد زال فيه تعليق ميعاد الطعن فى الحكم الأول وأصبحت المعارضة فيه غير مقبولة . و إننا نوصى كذلك هذا الخصم بإعلان خصمه بالحكم الصادر غيابيا عليه تمكيناً له من المعارضة فيه ، فان لم يعارض فى الميعاد ابتدأ ميعاد الطعن فى حق الخصمين من اليوم الذى ينقضى فيه ميعاد المعارضة ، و إذا عارض فان حق الخصم فى رفع طعنه هو يبقى معلقاً حتى يصدر الحكم فى المعارضة

٢٤٩ — و يشترط فى إعلان الحكم ليصح اعتبار تاريخه مبدأ لميعاد الطعن

(١) راجع فى الرأيين فى باب الاستئناف ربرتوار دالوز تحت كلمة استئناف فقرة ٢٦٤ وما بعدها وفقرتى ٢٢٥و٢٢٦ من كتابنا فى باب ما يجوز الطعن فيه من الأحكام .

أن يكون ممن صدر له الحكم ، وعلى يد محضر ، وإلى نفس الخصم أو لمحله الأصلى أو لمحله المختار و بصفته التى كان متصفاً بها ، وأن يكون إعلاناً صحيحاً مطابقاً لأحكام قواعد المرافعات الخاصة باعلان أوراق المحضرين وتسليمها ، ومشتملا على صورة كاملة للحكم . و إذن فلا يغنى عن هذا الإعلان الإشارة إلى الحكم الواجب إعلانه فى إعلان خاص بحكم آخر[1] ، ولا ثبوت علم الخصم بالحكم الصادر عليه بطريقة أخرى قاطعة كحضوره النطق به وسماعه إياه أو حصوله على صورة منه من قلم الكتاب . ومما قضى به أنه يقوم مقام إعلان الحكم إقرار الخصم بأنه يعتبر الحكم قد أعلن له ، وأنه لا حاجة إلى إعلانه[2] .

---

(١) ن . ف ١٠ أغسطس سنة ١٨٩١ (د ٩٢ - ١ - ١٧)

(٢) جارسونيه فقرة ٣٩٧ هامش ١ وربرتوار داللوز فقرة ٤٩٣

الباب الثالث

فى الخصوم أمام محكمة النقض

٢٥٠ — الخصومة فى الطعن أمام محكمة النقض لا تكون إلا بين من كانوا خصوماً بعضهم لبعض أمام المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه ، وإلى هذا المعنى أشارت المواد ٩ و ١٠ و ١١ من قانون إنشاء محكمة النقض فيما صُدرت به كل مادة منها بقوله : « وللخصوم أن يطعنوا أمام محكمة النقض فى الأحكام الصادرة ... » . وإذاً فلا يجوز الطعن من النيابة [1] ، ولا ممن يتعداه الحكم من

(١) ذلك بأن النيابة العامة فى نظام القضاء الأهلى لا تحضر الجلسات المدنيــة ولا تبدى أى رأى فى مثـل القضايا التى تبدى رأيها فيها فى نظام القضاء المختلط (المواد ٦٨ و ٦٩ و٧٢ من قانون المرافعات المختلط) . أما فى النظام الفرنسى فاذ أوجب القانون على النيابة فى بعض القضايا أن تكون خصماً أصليا بالادعاء ، وإذ أباح لها فى بعض آخر أن تنضم لأحد الخصمين فى طلباته ، فقد سلم لها بأحقيتها فى الطعن فى الأحكام الصادرة فى قضاياها التى تقدمها للمحكمة ، أما القضايا التى أبيح لها التـدخل فيهـا بابداء الرأى فقـد جرت محكمة النقض على عدم قبول طعن النيابة فيها (فاى فقرة ٤٤ ص ٧٢ وجارسونيه فقرة ٣٥٢ ص ٦٢٣ وهامش ٢٢ و ٢٣) وانظر حكم ٥ نوفبر سـنة ١٨٨٤ (د ٨٥ — ١ — ٨١) و ع . ف ١٠ يوليه ١٩٠٠ (د ٩٠٠ — ١ — ٤٦٢) وتقرير المستشار « كوتل Cotelle » . والأصل فى النظام البلچيكى أن النيابة لا تكون فى المواد المدنية خصما أصليا ، ولـكنه قد أجيز لها أن تتدخل كخصم منضم أمام أية محكمة مدنية بقصد ملاحظة تنفيذ القوانين المتعلقة بالنظام العام ، وأجيز لها متى تدخلت أمام محكمة الدرجة الأولى أن ترفع استئنافاً (نقض ٥ مايو سنة ١٨٨١ باسكريزى بلچ ص ٢٣٠ ، وتقرير المستشار « هيندريك Hynderick ») وإذا تدخلت أمام محكمة الاستئناف أو كانت قد استأنفت الحكم الابتدائى فيجوز لها الطعن بالنقض (نقض ١٤ فبراير سنة ١٨٨٤ باسكريزى بلچ ص ٥٧) . وراجع فى كل ذلك شويفن فقرة ٥٥ ص ١٤٠ و ١٤١

وللنائب العام لدى محكمة النقض الفرنسية أن يطلب — بناء على أمر من الحكومة — من المحكمة بطلان أى حكم أو أى تصرف من أية محكمة تجاوزت فيه حدود السلطة . وله كذلك أن يطعن من تلقاء نفسه فى الأحكام — التى يجوز للخصوم الطعن فيها أمام محكمة النقض — فى مصلحة القانون ، بحيث لا يترتب على هذا الطعن أى أثر سوى أنه يسمح للمحكمة العليا بالفصل نظريا فى نقطة قانونية لإرشاد المحاكم فى قضائها ، ولا يكون لحكم محكمة النقض أى أثر فى تنفيذ الحكم المنقوض . (راجع ما قلناه فى فقرة ٤٤ و ١٦٤)

غير الخصوم الذين كانوا أمام المحكمة التى أصدرته ، و إنما للنيابة أن تنضم لأحد الخصمين فى طلباته فتؤيد الطاعن بطلب قبول طعنه أو تؤيد خصمه المدافع عن الحكم المطعون فيه بطلب عدم قبول الطعن أو رفضه ، و يجوز لها حين تنضم إلى الطاعن أن تعتمد على أسباب النظام العام(١) .

الفصل الأول

فيمن يقبل منه الطعن

٢٥١ — لا يقبل الطعن إلا ممن كان طرفاً فى الخصومة التى صدر فيها الحكم المطعون فيه ، بصفته التى كان متصفاً بها ، وكانت له عند صدور الحكم مصلحة فى الطعن ، وكان ذا أهلية أو سلطة قانونية (٢) .

كون الطاعن طرفاً فى الخصومة الأولى بصفته التى كان متصفا بها

٢٥٢ — لا يجوز الطعن إلا ممن كان طرفاً فى الخصومة أمام المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه ، ونازع خصما آخر أمامها فى مزاعمه وطلباته أو كان نازعه هذا الخصم الآخر فى مزاعمه هو وطلباته التى وجهها إليه ، و بقى على هذه المنازعة مع خصمه حتى صدر الحكم عليه ، فطعن فيه بصفته القانونية التى كان اتصف بها أمام تلك المحكمة ، سواء أ كان خصما أصليا مدعيا أو مدعى عليه ، مستأنفاً أو مستأنفاً عليه ، أم كان ضامناً لخصم أصلى أم أدخل فى الدعوى

(١) فقرة ١٣٦ من هذا الكتاب .
(٢) جارسونيه فقرة ٣٥٢ — ٣٥٤ وتيسييه فقرة ٩٢٨ س ٤٥٥

أم تدخل فيها تدخل انضمام أو تدخل اختصام ، وسواء أكان حضر هذه الخصومة بنفسه أم حضرها عنه من مثله فيها قانوناً من ولى أو وصى أو قيم أو وكيل شرعى أو قانونى . وعلى هذا لا يجوز الطعن ممن لم يكن قط خصماً (بهذا المعنى) لا أمام محكمة الدرجة الأولى ولا أمام محكمة الدرجة الثانية [1] و [2] ، ولا ممن لم يكن خصماً إلا أمام محكمة الدرجة الأولى [3] ، ولا ممن ذكر اسمه وصفته فى منطوق الحكم ولم يكن خصماً فى الدعوى كالمحضر يحكم ببطلان الورقة التى أعلنها ويلزم صاحبها لخصمه بمصاريف إعلانها [4] ، وكالمحكم تقدر أتعابه لمن كسب الدعوى على الخصم الذى خسرها عند تسوية المصاريف فى الحكم الاستئنافى الصادر بتأييد حكم المحكم [5] .

٢٥٣ — ويعتبر طرفاً فى الدعوى من حضرها بنفسه أو مثله فيها غيره ، فالقاصر والغائب والمحجور عليه والمفلس يجوز لهم الطعن بعد بلوغ الرشد والإياب من الغيبة ورفع الحجر وانتهاء التفليسة وعودة المفلس إلى إدارة أمواله [6] . ومشترى

---

(١) جارسونيه ص٦٢٢ وهامش رقم ١٨ وقد ذكرت فيه بعض أحكام أصدرتها محكمة النقض بعدم جواز تدخل أو إدخال من لم يكن خصماً فى الخصومة الأولى .

(٢) وظاهر أنه يكفى أن يكون رافع الطعن خصماً أمام المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه ، ولو لم يكن خصماً أمام محكمة الدرجة الأولى : فمن تدخل أمام محكمة الاستئناف ولو لم يكن خصماً أمام محكمة الدرجة الأولى صار خصماً يجوز له الطعن . انظر ن . ف ٢٦ أبريل سنة ١٨٩٣ (س ٩٣ — ١ — ٤٣٣) وجارسونيه ص ٦٢٢ — ٦٢٣

(٣) ن . ف ٨ فبراير سنة ١٨٨٦ (د ٨٧ — ١ — ٢٢)

(٤) وقد قضت الدائرة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية بأحقية المحضر فى الطعن فى الحكم الذى قضى عليه — ولو لم يكن طرفاً فى الخصومة — بالزامه بمصاريف حجز عقارى أجراه وحكم بابطاله (حكم ٢٠ أبريل سنة ١٨١٨ ربرتوار دالوز فقرة ٢٩٦ هامش ٢) وذلك اعتباراً بمصلحة المحضر الظاهرة فى فسخ الحكم عنه . أما دائرة العرائض فقد قضت بعدم قبول الطعن منه (ع . ف ٧ مارس سنة ١٨٣١ وأشير إليه فى ربرتوار دالوز تحت كلمة avoué فقرة ٢٤٤) وقد رجح فاى (ص ٦٧ هامش ٢) وتيسيه (فقرة ٩٣٨ ص ٤٥٥ هامش ٤) قضاء الدائرة المدنية .

(٥) ن . ف ٢٩ أغسطس سنة ١٨٥٩ (د ٦٠ — ١ — ٣٨٥)

(٦) ولما كان الحكم بالتفليس يجرد المفلس عن إدارة أمواله ويجعل وكيل الدائنين هو الذى يمثله قانوناً فيما يرفع له أو عليه من الدعاوى إلا ما تعلق منها بذاته ، فقد قضى بأنه =

العقار ومن تملكه بنحو هبة أو وصية والمحتال بالدين ، وغيرهم ممن تلقوا حقوقهم عن غيرهم وخلفوهم فى الخصومة ، لهم كذلك حق الطعن فى الأحكام الصادرة على من مثلهم من بائع أو واهب أو موصٍ أو محيل[1] . أما البائع والواهب والمحيل فلا يمثلهم المشترى والمحال والموهوب له فى القضايا التى رفعت على أولئك فقط ولم ترفع عليهم هم .

و يجوز الطعن من الورثة بعد وفاة مورثهم ، و إنما عليهم أن يرفعوه بأسمائهم بوصف أنهم خلفاؤه ، فان رفعوه باسمه هو بطل[2] . ومن لم يكن خصما من الورثة أو من الشركاء غير المتضامنين لا يجوز له أن يرفع طعناً عن حكم صدر على وريثه أو شريكه ، ما دام هذا الذى اختصم أو خوصم إنما كان يعمل فى الخصومة

= فى الأحوال التى يكون للمفلس مصلحة خاصة تغاير مصلحة جماعة الدائنين ، يجوز له أن يطعن فى الحكم الصادر على وكلاء الدائنين ولو لم يكن طرفاً فى الخصومة (ن . ف ٧ أبريل سنة ١٨٣٠ أشير إليه فى ربرتوار دالوز فقرة ٢٧٨) ، وقد جاء فى كربنتييه (فقرة ١٢٥١) أنه يجوز قبول الطعن من المفلس فى الأحكام الصادرة على التفليسة تأسيساً على نص الفقرة الرابعة من المادة ٤٤٣ من قانون التجارة (المقابلة للمادة ٢١٨ من قانون التجارة الأهلى) التى أجيز فيها للمحكمة قبول دخول المفلس خصما ثالثاً فى الدعوى المرفوعة على التفليسة .

(٦) مكرر — وإذ كان مصفى الشركة المحكوم بتصفيتها معتبرا قانوناً أنه يمثل الشركاء وورثة من يتوفى منهم ، فقد قضى بأن لهؤلاء الورثة — ولو لم يكونوا قد حضروا الخصومة بأنفسهم — أن يعلنوا الحكم الصادر من دائرة العرائض بقبول الطعن المرفوع من المصفى إلى جميع الخصوم وأن يشهدوا الخصومة فى الطعن أمام الدائرة المدنية (ن . ف ٢٥ أغسطس سنة ١٨٧٩ د ٧٩ — ١ — ٤٦٥)

(١) جارسونيه ص ٦٢٢ وهامش ١٦ وفاى فقرة ٤٠ مكررة ص ٦٩ وحكم ٢٨ يناير سنة ١٨٣٥ (س ٣٥ — ١ — ٦٥٤) فى قبول الطعن من المتنازل له عن الدين .

والبائع والواهب والمحيل لا يفقدون صفة الطعن فى الحكم الصادر بشأن الحقوق التى تصرفوا فيها ما دامت لهم مصلحة فى الطعن للتخلص مثلا من مصاريف الدعوى التى حكم بالزامهم بها أو من الالزام بالضمان الذى قد يتعرضون له بسبب صدور الحكم على من وقع التصرف لهم (ن . ف ٣٠ يونيه سنة ١٨١٨ ، وأشير إليه فى ربرتوار دالوز فقرة ٢٧٩)

(٢) فاى بالمرجع السابق وجارسونيه ص ٦٢٢ وهامش ١٧ . وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن هذا الطعن الباطل لا يصححه أن يتولى الورثة إعلان الحكم الصادر من دائرة العرائض للخصوم وتكليفهم هؤلاء الخصوم بالحضور للمرافعة أمام الدائرة المدنية (ن . ف ١٨٥٨ د ١٨٥٩ — ١ — ٧٤) و ن . ف ٩ فبراير سنة ١٩٢٥ (س ٩٢٥ — ١ — ٣٤) وأشير إلى هذا الحكم الأخير فى ملحق تعليقات دالوز فقرة ٥٠٢

فى حدود نصيبه . أما إذا انتصب أحد الورثة خصما عن الباقين وعن التركة وصدر الحكم بمواجهته على التركة ، كان له ولباقى الورثة الحق فى الطعن [1]

ويجوز للدائن العادى [2] ولو لم يكن طرفاً فى الخصومة — إذا أبطأ مدينه فى تقديم الطعن فى الحكم الصادر عليه — أن يطعن هو فيه باسم مدينه طبقاً للمادة ١٤١ من القانون المدنى (المقابلة للمادة ١١٦٦ من القانون المدنى الفرنسى) ، على أنه إذا ظهر أن المدين لم يهمل فى الطعن حكم بعدم قبول الطعن المرفوع من دائنه [3] . وإذا حكم برفض الطعن المرفوع من الدائن فالمدين على حقه فى الطعن ، لأن الدائن لا يعتبر أنه قد مثل غريمه فى طعنه هو ولا الغريم يعتبر أنه من خلفاء دائنه [4] .

ولا يمثل المدين والكفيل أحدهما الآخر ، لا فى التداعى ولا فى الطعن فى الأحكام . فليس للكفيل إذا لم يكن خصما حق الطعن فى الحكم الصادر على المدين . فإن كان خصما فله الطعن ولو كان المدين قبل الحكم أو فوت ميعاد الطعن فيه ، بل له أن يبنى طعنه على ما كان يصح للمدين أن يبنى طعنه عليه من أسباب [5] .

ولكل من الضامن والمضمون أن يطعن فى الحكم الصادر عليهما فى الدعوى

---

(١) ن . ف ٣١ ديسمبر سنة ١٨٥٠ (س ٥١ — ١ — ٣٦٤) و (د ٥١ — ١ — ٢٨٦) وقد أشير إليه فى كاربنتييه فقرة ١٣٠٤ وتعليقات دالوز فقرة ٥١١

(٢) ولا يشترط أن يكون بيد الدائن حكم بدينه يثبت له صفته بل حسبه أن يكون له سند بالدين غير متنازع فيه . ن . ف أول يونيه سنة ١٨٥٨ (د ٥٨ — ١ — ٢٣٦) وفاى ص ٦٩ وهامش ١٠

(٣) ع . ف ١٠ يناير سنة ١٨٥٥ (د ٥٥ — ١ — ١٦٨) وجارسونيه ص ٦٢٢ هامش ١٤ . وقد أجازوا للدائن — اعتبارا بماله من الحق فى اتخاذ الاجراءات التحفظية — أن يتولى إعلان الحكم الصادر من دائرة العرائض للخصوم ، إذا خشى إهمال مدينه فى ذلك (ن . ف أول يونيه سنة ١٨٥٨ (د ٥٨ — ١ — ٢٣٦) ولا مانع فى مصر من أن يتولى الدائن تبليغ الطعن المرفوع من مدينه لخصومه ، وأن يحضر أمام محكمة النقض ، وإنما عليه أن يقدم مذكرة بدفاعه فى الميعاد المحدد قانوناً لذلك بالنسبة لرافع الطعن .

(٤) فاى ص ٧ وجارسونيه ص ٦٢٢ وهامش ١١ وربرتوار دالوز فقرة ٢٧٩ وحكم ١٤ أبريل سنة ١٨٠٦ (بالمرجع ذاته ص ١١١ هامش ٣)

(٥) ربرتوار دالوز فقرة ٢٨٠ و ٢٨١

الأصليـة ودعوى الضمان الفرعية ، كل منهما فى حدود مصلحته[1] على ما سترى تفصيله فى الفصل الثالث من هذا الباب .

٢٥٤ — ولا يعتبر رافع الطعن أنه كان حقا طرفاً فى الخصومة الأولى — على ما تقدم ذكره — إلا إذا كان قد رفع طعنه بالصفة[2] التى اتصف بها من قبل وأنبأت عمن هو صاحب الحق فى الخصومة ، فان استبدل بصفته صفة أخرى صار خصما جديداً لا يقبل منـه طعن ولا تدخل فى طعن يرفع من غيره . وعلى ذلك فمن حضر الخصومة الأولى عن نفسه لا يقبل منـه الطعن إذا رفعه متصفاً بأنه وصى فلان أو ناظر الوقف الفلانى ، و بالعكس[3] .

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه إذا اشترك جماعة من الملاك فى دعوى رفعوها بأسمائهم وساروا فيها كذلك ، كل واحد عن نفسه ، حتى صدر الحكم عليهم برفضها ، ثم طعن أحدهم فى الحكم باسمه و بصفته رئيساً للنقابة التى ألفوها للدفاع

---

(١) ولو كان الضامن هو الذى استأنف وحده حكم محكمة الدرجة الأولى ، ولم يكن المضمون إلا مستأنفا عليه فقط . فقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه إذا حكمت محكمة ابتدائية ببطلان بيع جبرى فى عقار وبالزام الدائن طالب البيع بتضمين من رسا عليه المزاد ما دفعه من ثمن وتكبده من مصاريف ثم استأنف هـذا الدائن وحده الحكم واختصم فى استئنافه مدعى الاستحقاق والراسى عليه المزاد وقضت محكمة الاستئناف بتأييد الحكم الابتدائى ، فانه يكون للراسى عليه المزاد أن يشترك فى الطعن مع ضامنه ولو لم يكن هو قد استأنف حكم محكمة الدرجة الأولى على مدعى الاستحقاق لأن الضامن (الدائن المباشر لاجراءات البيع) قد مثله فى الاستئناف الذى رفعه هو عن ذلك الحكم (ن . ف ١٨ يونية سنة ١٨٦٦ ، د ٦٦ — ١ — ٣٣٢) وجارسونيه ص ٦٢٢ هامش ١٣

(٢) صاحب الصفة فى الدعوى هو نفس صاحب الحق المدعى به ، وقد ألحقوا به من يمثله فيها من ولى أو وصى أو قيم أو وكيل أو نائب عنه نيابة شرعية أو قانونية أو اتفاقية . وبهذا المعنى يقال « رفع فلان هذه الدعوى بصفته الشخصية أو بصفته وكيلا أو قيما أو وليا على فلان » . ومن الفقهاء من استغنى عن شرط الصفة واكتفى بشرط المصلحة مع اشتراط كونها شـخصية ومباشرة فيكون عندهم معنى قولك « لفلان مصلحة » أنه له مصلحة مباشرة فى رفعها . أما الوكيل وغيره من النائبين فلا يشترطون فيهم إلا أن تكون لهم السلطة فى رفع الدعوى وأن يكون رفعها داخلا فى حدود هذه السلطة الممنوحة لهم شرعاً أو قانوناً أو اتفاقا (جلاسون وتيسييه جـ ١ فقرة ١٨١ وموريل فى موجزه فى المرافعات ص ٤٤ فقرة ٣٠)

(٣) ن . م . م ١٤ نوفمبر سنة ١٩٣٥ (القانون والاقتصاد س ٦ رقم ١٠ ص ٤٣)

عن مصالحهم ، بغير أن يذكر أنه يعمل فى هذا الطعن بصفته وكيلا عنهم و بغير أن يذكر أسماءهم على الوجه المبين بالحكم المطعون فيه يكون طعنه غير مقبول بالنسبة لأولئك الشركاء لرفعه منه ولا صفة له عنهم[١] .

ومن كان قد خاصم شركة باعتباره دائناً لها ووصيا على أولاد أحد شركائها القصر ، إذا اقتصر فى تقرير الطعن على الاتصاف بصفته الأولى ، ثم استدرك ما فاته من ذكر صفته الثانية فى المذكرة الشارحة لطعنه المقدمة بعد الميعاد ، كان طعنه بصفته الثانية غير مقبول[٢] . ووكيل الدائنين إذا طعن فى الحكم الصادر على التفليسة بوصف أنه وكيل الديانة فقط ، لا يجوز له أن يعيب على الحكم قضاءه عليه هو بالمصاريف ما دام لم يطعن فيه بصفته الشخصية[٣] .

وقضت محكمة النقض المصرية بأنه إذا أذن المجلس الحسبى أوصياء ثلاثا فى بيع جزء من نصيب جميع القصر المشمولين بوصايتهن ، وأجرت واحدة منهن المزايدة ، ثم أذن المجلس هذه الوصية فى مطالبة المشترى بجميع الثمن ، فرفعت الدعوى بمقتضى هذا الإذن ، ولكن اتصفت فيها بأنها الوصية على أولادها القصر فقط ، ومع ذلك عملت لجميع القصر ، وكان ذلك ملحوظا لدى محكمة الدرجة الأولى فأشارت إليه فى حكمها الذى قضى لهذه الوصية بطلباتها ، ثم استؤنف هذا الحكم ، ولدى محكمة الاستئناف — بعد أن صدر قرار المجلس الحسبى بافراد هذه الوصية فى إنفاذ هذا البيع عن القصر جميعاً — أبرزت هذه الوصية صفتها عن جميع القصر فى مذكرتها الأخيرة التى قدمتها للمحكمة مرفقة

---

(١) كاربنتييه فقرة ١٢٢١ وما بعدها و ن . ف ٩ ديسمبر سنة ١٨٨٣ (س ٨٥ — ١ — ٥٠٣) ومثله ن . ف ١٢ مارس سنة ١٨٦٤ (س ٦٧ — ٥ — ٥٩) وأشير إليه فى كاربنتييه فقرة ١٢٢٣

(٢) ن . ف ٢٦ يوليه سنة ١٨٤٣ (س ٤٣ — ١ — ٨٨١) وأشير إليه فى ربرتوار دالوز فقرة ٢٧٢

(٣) ن . ف ٩ يوليه سنة ١٨٩٤ (د ٩٥ — ١ — ٣٥٨) وأشير إليه فى فاى ص ٧٣ هامش رقم ٢١

بصورة قرار المجلس — فاذا حكمت محكمة الاستئناف بالغاء الحكم المستأنف ورفض الدعوى ، اعتبر هذا الحكم صادرا على القصر جميعاً ، وكان لهذه الوصية أن تمثلهم جميعاً فى الطعن فى هذا الحكم بطريق النقض (١) .

٢٥٤ (مكررا) — ولمعرفة ما إذا كان الطاعن قد كان طرفا فى الخصومة التى صدر فيها الحكم المطعون فيه ، وما إذا كان قد رفع طعنه بصفته القانونية التى اتصف بها أمام محكمة الموضوع ، يجب الرجوع إلى ما جاء بديباجة الحكم المطعون فيه ومنطوقه وأسبابه والأوراق الملحقة به ومطابقة ذلك على ماجاء بتقرير الطعن (٢) .

كون الطاعن ذا مصلحة

٢٥٥ — ولا يكفى لقبول الطعن أن رافعه قد كان طرفاً فى الخصومة الأولى ورفع طعنه متصفاً بنفس الصفة القانونية التى كان اتصف بها فى تلك الخصومة فحسب ، بل يجب أن يكون له فوق ذلك مصلحة فى الطعن (٣) .

---

(١) ن . م . م ٢٢ ديسمبرسنة ١٩٣٢ (القانون والاقتصاد ٣ رقم ٨٣ والمحاماة س١٣ رقم ٣٤٧ ص٧٠١) . رفعت الوصية هذا الطعن عن جميع القصر وإذ رأى خصيمها فى ديباجة الحكم المطعون فيه أنها وصية على أولادها القصر فقط دفع بعدم قبول الطعن منها عمن عدا أولادها من أولاد زوجها القصر المشمولين بوصاية أمهاتهم فاستظهرت محكمة النقض من أوراق الدعوى ، وبخاصة من المذكرة التى أعلنت الوصية صورة منها لخصمها بعد أن اتصفت فيها بأنها الوصية على فلان وفلان الخ الذين هم جميع القصر وذلك بناء على قرار المجلس الحسبى ، استظهرت محكمة النقض أن هـــذه الوصية قد مثلت فعلا جميع القصر أمام المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه القاضى برفض دعواهم جميعاً ، ولذلك حكمت برفض هذا الدفع وبقبول الطعن وفى الموضوع بنقض الحكم المطعون فيه وبتأييد الحكم المستأنف .

(٢) فاذا لم يكن بالحكم عنـد إيراده أسماء الخصوم وصفاتهم إلا قوله « ورثة فلان » أو « فلان وآخرين » فلا يقبل الطعن ممن لم يذكر اسمه ، لا فى الحكم ولا فى صحيفة افتتاح الدعوى (جارسونيه ص٦٢١ وهامش ٦ وربرتوار دالوز فقرة ٢٦٩ وما بعدها)

وقد قضى بعدم قبول طعن من ذكر اسمه خطأ فى الحكم ، ولم يكن فى الخصومة فعلاً (ع . ف ٩ يوليه سنة ١٨٨٤ دالوز ٨٥ — ١ — ٥٥ وأشير إليه فى تعليقات دالوز فقرة ٥٠٧)

(٣) جارسونيه فقرة ٣٥٣ وهوامشها وتيسييه ص ٤٥٦ وهوامشها وفاى فقرة ٤٥ وهوامشها وتعليقات دالوز فقرة ٦٢٠ إلى ٨٧٥

وقاعدة أن « المصلحة مقياس الدعوى » تطبق حين الطعن بطريق النقض كما تطبق فى الدعوى حين رفعها وحين استئناف الحكم الذى يصدر فيها ، فمن لا مصلحة له فى طعن لا يقبل منه هذا الطعن . ولمحكمة النقض أن تحكم من تلقاء نفسها[1] بعدم قبول الطعن متى تجلى لها من بيانات الحكم المطعون فيه نفسه ومن أوراق المرافعات الملحقة به أن لا مصلحة للطاعن[2] . ولها كذلك أن تقرر بأن لا حاجة بها إلى بحث أى وجه من وجوه الطعن لعدم إنتاجه أو لعدم قيام أية مصلحة منه للطاعن[3] .

والمراد بالمصلحة أية فائدة مادية أو أدبية[4] يفيدها الطاعن من استصدار حكم من محكمة النقض فى مسألة قانونية معينة يكون الحكم المطعون فيه قد فصل فيها فصلا ضارا به[5] ، سواء أكانت تلك الفائدة قليلة الأهمية[6] أم عظيمتها ، وسواء أبقيت تلك المصلحة كما كانت عند صدور الحكم أم زالت عند رفع الطعن[7] .

---

(١) لاعتبارها من قواعد النظام العام (كاربنتييه فقرة ١٠٧٤)

(٢) المرجع السابق من تيسييه هامش نمرة ٥ وأشير فيه إلى ن . ف ٢٧ يونيه سنة ١٩١٢ (س ٩١٣ — ١ — ١٢) وكاربنتييه فقرة ١٠٧٣ و ١٠٧٤ وتعليقات دالوز فقرة ٦٢٤ وينبغى لمحكمة النقض أن تقضى بقبول الطعن متى كان النزاع على المصلحة يقتضى منها بحث وقائع الدعوى وموضوعها بحثاً موضوعيا لا حق لها فى الدخول فيه

(٣) تعليقات دالوز فقرة ٦٢٥ وع ف ١٧ ديسمبر سنة ١٩٠٠ (د ٩٠١ — ١ — ٧٦) و ن . ف ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٢ (د ٩٠٣ — ١ — ١٥١)

(٤) وقد قضى بأنه إذا تنازل المحكوم له عن الحكم المطعون فيه وعرض مصاريف الطعن على الطاعن ، فلا يترتب على ذلك الحكم بعدم قبول الطعن لعدم المصلحة إذا كان الحكم قد أضر بشرف الطاعن وسمعته التجارية وتعلقت مصلحته الأدبية هذه بنقض الحكم (كاربنتييه فقرة ١١٤٠ و ن . ف ٢٧ أغسطس سنة ١٨٥٦ (د ٥٦ — ١ — ٣٦٤)

(٥) فاى فقرة ٤٥ وهامش ١٩ ن . ف ١٨ يونيه سنة ١٨٩٥ (د ٩٥ — ١ — ٤٧١)

(٦) كأن تكون المصلحة مجرد الاقالة من المصاريف المحكوم بها (جارسونيه ص ٦٢٤ وهامش نمرة ٣) وتيسييه ص ٤٥٦ و ن . ف ٨ يناير سنة ١٩٠٣ (س ٩٠٣ — ١ — ٤٣)

(٧) جارسونيه ص ٦٢٤ وهامش ٤ وفاى فقرة ٤٥ ص ٧٣ وتعليقات دالوز فقرة ٧٨٤ وما بعدها .

والمصلحة النظرية البحتة لا تصلح أساساً للطعن(١). فمن طعن فى الحكم الصادر لمصلحته بخلوه من الأسباب لا يقبل طعنه(٢)، ومن عاب على حكم قصوره عن التقرير بإثبات ما طلب إثباته بمحضر الجلسة من حفظ حقه فى مداعاة خصمه ببعض أمره لا يقبل منه ما عاب به(٣). وقد جرى قضاء محكمة النقض الفرنسية والمصرية على إهمال ما لا يكون فيه من أسباب الطعن أية مصلحة للطاعن(٤).

ومن تطبيقات محكمة النقض المصرية أن قاضياً من قضاة المحكمة المختلطة قدم استقالته أثناء محاكمته التأديبية فقبلت الجمعية العمومية المختصة بتأديبه هذه الاستقالة وأسقطت عنه الدعوى التأديبية وأحالته إلى المعاش ، فادعى على الحكومة أن وزارة الحقانية المختصة هى بقبول استقالته لم تقبل الاستقالة ، ولذلك طلب الحكم باعتبار الاستقالة كأن لم تكن واعتباره باقياً فى وظيفته للآن وإلزام الحكومة بدفع الفرق بين معاشه الذى رتب له ومرتبه الذى كان يستحقه . . . فدفعت الوزارة بعدم اختصاص المحاكم بنظر الدعوى وطلبت احتياطيا الحكم بعدم قبول الدعوى أو برفضها . وبعد المرافعة فى الدفوع وفى موضوع الدعوى حكمت المحكمة الابتدائية بعدم الاختصاص ومحكمة الاستئناف أيدت الحكم المستأنف . فطعن القاضى فى الحكم مدعياً أنه لا يرمى من طلبه الحكم فى الدعوى باعتبار الاستقالة كأن لم تكن إلى أن تحقق له المحكمة أثر هذا

---

(١) جارسونيه ص ٦٢٥ آخر هامش رقم ٨ وتعليقات دالوز من فقرة ٦٢٧ لغاية ٦٥١ وقد قضى بأنه لا يجوز النعى على حكم أنه قد أخطأ حكم القانون خطأ نظريا صرفاً لا أثر له فى مصلحة الطاعن ولم يعد عليه منه ضرر . ن . ف ١٩ يوليه سنة ١٨٩٤ (س ٩٥ — ١ — ٣٠١) وقال جارسونيه عند استشهاده بهذا الحكم إن قاعدته تختلط بقاعدة أخرى محصلها أن مخالفة أى حكم للقانون يجب أن تكون فى منطوقه وأنه إذا وقع الخطأ فى بعض الأسباب واستقام الحكم مع ذلك محمولا على أسباب أخرى فانه يجب رفض الطعن ، قال وهكذا ترى أن مؤدى القاعدتين واحد .

(٢) ن . ف ١٨ يونيه سنة ١٨٩٥ (د ٩٥ — ١ — ٤٧١)

(٣) ن . ف ٢٥ ابريل سنة ١٨٩٤ (د ٩٤ — ١ — ٣٢٧)

(٤) ربرتوار دالوز فقرة ٣٢٣

الاعتبار فى الواقع بإرجاعه إلى وظيفته الأمر الذى يسلم هو بأنه ليس من اختصاص القضاء، بل هو إنما يرمى بهذا الطلب إلى التقرير ببطلان هذه الاستقالة من الوجوه القانونية التى قدمها وهذا القدر هو فى نظره مما تختص به المحكمة . ومحكمة النقض بعد أن أثبتت فى صدر حكمها — نقلا عن الحكم المطعون فيه — أن محكمة الاستئناف بحثت هذه الوجوه القانونية التى ادعاها الطاعن واعتمد عليها فى قبول الدعوى ، و بعد أن قالت إن الحكم الصادر بعدم الاختصاص صحيح قانوناً — بحثت الدعوى على اعتبار أنها مجرد دعوى تعويض مترتب على مخالفة الحكومة للقانون مما يختص به القضاء الأهلى بحسب الفقرة الأخيرة من المادة ١٥ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية — بعد ذلك قالت : « وحيث إنه إذا كان الطاعن لا يزال يناقش فى حق الجمعية العمومية فى قبول هذه الاستقالة ، ويقول — كما هو الحق — إن الاستقالة فى هذه الصورة لا بد من قبولها أيضاً من وزير الحقانية ، فالحكم المطعون فيه قد أثبت — كما سبق الذكر — ما كان من وزير الحقانية من الاطلاع على قرار الجمعية العمومية الأول وعدم الاعتراض عليه مما هو من جانبه قبول واضح للاستقالة ، وما كان منه من بعد من موافقته صراحة على رأى الجمعية العمومية من سبق قبول الاستقالة ، مما يؤكد مرة أخرى حصول القبول من جانبه ، و إذن فالاستقالة قد تمت وقبلت من قبل الجمعية العمومية والوزير معا . وحيث إنه متى كان الأمر كذلك ، وكان الاجراء الادارى الذى تم فيما يتعلق بهذه الاستقالة هو إجراء صحيحاً فان الدعوى بطلب فرق الماهية على اعتبار أنها مرفوعة طبقاً للفقرة الأخيرة من المادة ١٥ من لائحة الترتيب تكون متعينة الرفض ، وكان لمحكمة الاستئناف أن ترفضها موضوعا . وحيث إن أسباب الحكم المطعون فيه تصلح فى واقع الأمر أسباباً للحكم برفض الطعن موضوعا ، ومتى كان الأمر كذلك فقد أصبحت مصلحة الطاعن فى هذا الطعن (أى فى شأن الاختصاص) مصلحة نظرية صرفا ، لا يعبأ بها قانوناً ».

ولذلك يتعين الحكم برفض الطعن لعدم المصلحة »[1] .

ولمحكمتنا حكم آخر تتحصل قضيته فى أن محكمة الاستئناف حكمت فى استئناف رفع لها من أختين بعدم قبول استئناف إحداهما ، لأنه لا صفة لها فى الخصومة (لأن التوكيل الذى أصدرته لمحاميها الذى رفع لها الاستئناف لم يصدر منها إلا بعد رفعه) و بعدم اختصاص المحكمة بنظر الاستئناف المرفوع من الثانية . فمحكمة النقض بحثت الطعن المرفوع عن الحكم الصادر بعدم الاختصاص فرأته لا يستوجب نقض الحكم ، ثم بحثت الطعن المرفوع عن الحكم الصادر بعدم قبول الاستئناف المرفوع من السيدة الأولى فرأت الحكم غير صائب ، ثم قالت : « لكن حيث إن مصلحة هذه السيدة التى حكم بعدم قبول استئنافها لعدم الصفة هى مصلحة نظرية صرف ، لأنه لو كان استئنافها قد قبل لأية العلتين اللتين تزعم هى أنهما موجبتان لقبوله . . . فانه يكون قد رفع إلى محكمة غير مختصة والعاقبة فيه تكون كالعاقبة فى الاستئناف الآخر المرفوع من أختها ، ولذلك يتعين الحكم برفض الطعن »[2] .

٢٥٦ — ومناط المصلحة الحقة إنما هو كون الحكم المطعون فيه قد أضر بالطاعن[3] حين قضى برفض طلباته كلها أو قضى له ببعضها دون بعض ، إذا

---

(١) ن . م . م ١١ أبريل سنة ١٩٣٥ (المحاماة س ١٥ ق ١ ص ٣٩٧ رقم ٢٠٧ والقانون والاقتصاد س ٥ رقم ٤٤ ص ١٥٩)

(٢) ن . م . م ١٨ أبريل سنة ١٩٣٥ (المحاماة س ١٥ ق ١ ص ٢١٣ والقانون والاقتصاد س ٥ رقم ٢٠ ص ١٧٨) وينبغى التنبيه إلى أن الحكم المستأنف قد كان صادرا من محكمة جزئية ، ورفع الاستئناف عنه إلى محكمة الاستئناف ، فكان على محكمة الاستئناف أن تقضى من تلقاء نفسها بعدم اختصاصها بنظره ، وبهذا يستقيم الحكم على أساس أن عدم اختصاص محكمة الاستئناف بنظر الاستئناف عن حكم جزئى هو من قواعد النظام العام .

(٣) فاى فقرة ٤٥ ص ٧٣ هامش ١٩ ، وتيسييه ص ٤٥٦ وهامش ٣ وقد صرحت محكمة النقض الفرنسية بهذه القاعدة فى حكمها المؤرخ فى ٩ أبريل سنة ١٨٦٢ (د ٦٢ — ١ — ٤٦٨) إذ قالت : الأصل أن لا حق لخصم فى الطعن فى حكم إلا إذا أضر به ، ولا يعتبر الحكم أنه أضر بخصم إلا إذا كان قد رفض له طلباً . وانظر ع . ف ٢٥ أكتوبر سنة ١٨٩٨ (س ٩٩ — ١ — ٢٧٧) و ن . ف ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٢ (د ٠٣ — ١ — ١٥١) وع . ف ١٤ فبراير سنة ١٩٢٣ (جازيت دى باليه ١٩٢٣ — ١ — ٧١٤)

كان مدعيا أو مستأنفا أو خصما منضما لمدع أو مستأنف ، أو حين لم يأخذ الحكم بدفاعه إذا كان مدعى عليه أو مستأنفا عليه أو خصما منضما لهما وقضى عليه لخصمه بما طلب كله أو بعضه . فمن كانت له طلبات أصلية وطلبات احتياطية جاز له الطعن فى الحكم إذا صدر برفض طلباته الأصلية ، ولو قضى له بطلباته الاحتياطية[1] . ولا يعتبر من فوض الرأى للمحكمة فى الدعوى أنه لا مصلحة له فى الطعن ، بل يعتبر أنه قد نازع خصمه فى طلباته ، ولذلك يكون له أن يطعن فى الحكم لو قضى عليه بشىء لخصمه[2] .

٢٥٧ — والمصلحة التى يجب الاعتداد بقيامها فى الطعن هى المصلحة الحالة (actuel) الشخصية[3] أى مصلحة الطاعن نفسه بصفته التى يعمل بها لا مصلحة غيره من شركائه أو من خصومه . ويكفى لاعتبار المصلحة حالة أن تكون بعرضية التحقق ، فالطاعن غير ملزم بالتربص بطعنه حتى يطالبه خصمه بما يكون نتيجة لما حكم عليه به[4] .

وقد ذهبنا فى اشتراط المصلحة بهذا المعنى مذهب من استغنى بها عن

(١) ولو كان القضاء برفض الطلبات الأصلية مستفادا من أسباب الحكم ، فقد قضى بأن من ادعى ملكية أشجار غرسها على رأس غيطه فى طريق قرية من القرى ، وأنه على كل حال قد تملكها بوضع اليد المدة الطويلة ، يكون له الحق فى الطعن فى الحكم الصادر باحالة القضية إلى التحقيق لاثبات وقائع وضع اليد المدعاة بالبينة ، ما دام الحكم قد نفى فى أسبابه أنه هو المالك للأشجار بالغرس (كاربنتييه فقرة ١١٥٢ و ن . ف ٣ فبراير سنة ١٨٦٨) (د ٦٨ — ١ — ١٢١) و (س ٦٨ — ١ — ٥٥) . وقد كان هذا الحكم المطعون فيه تمهيديا فى ظاهره ، وقد استقام الطعن فيه فى فرنسا ، لأن الطعن فى الأحكام التمهيدية جائز عندهم ، ويمكن فى مصر اعتبار مثل هذا الطعن واردا على الجانب القطعى المقضى به فى الأسباب .

(٢) تعليقات دالوز فقرة ٨٣٠ و ن . ف ٢٠ يناير سنة ١٨٩٧ (د ٩٧ — ١ — ١٣٨)

(٣) فاى فقرة ٤٥ ص ٧٣ و ٧٤ وجارسونيه ص ٦٢٥ وبهامش ١٦ الأحكام المؤيدة للقاعدة .

(٤) جارسونيه ص ٦٢٤ هامش ٤ و ن . ف ٢٧ مايو سنة ١٨٩٧ (س ٩٨ — ١ — ٧٩) وقد كان الحكم يتضمن القضاء بالرسوم والمصاريف والغرامات المستحقة على الأوراق المقدمة فى الدعوى .

« الصفة » باعتبارها شرطاً لقبول الدعاوى والطعون فى الأحكام[١] . فإذا لم تكن مصلحة الطاعن شخصية كان طعنه غير مقبول لانعدام مصلحته أو لانتفاء صفته .

وقد قضت محكمتنا بأن من خوصم بصفته عمدة الناحية فى قضية وضع يد رفعت عليه وعلى وزارة الأشغال ومفتش الرى و إحدى المديريات وطلب فيها الحكم بمنع تعرضهم للمدعى فى الانتفاع بمسقى خصوصية ، ثم قضى بمنع تعرضهم جميعا و بالزامهم ما عدا العمدة بالمصاريف ، لا يكون له صفة فى الطعن فى هذا الحكم ، لأنه اختصم بصفته عمدة الناحية ، وكان يمكن قصر الخصومة على وزارة الأشغال فقط أو عليها وعلى تفتيش الرى والمديرية ، ولأنه هو نفسه اعتمد على صفته هذه فى طلب الحكم باخراجه من الدعوى ، وقد لاحظت محكمة الدرجة الأولى هذه الصفة أيضاً فلم تلزمه بشئ من المصاريف وتابعتها فى ذلك محكمة الاستئناف . . . . إلى أن قالت محكمة النقض : وقد عرف الطاعن فى الخصومة الأولى أنه خصم تابع لغيره ، فما يكون قضاء على الخصم الأصلى يكون قضاء على من يتبعه بالضرورة ، ومتى انقطع حق الأصيل فى الطعن ، وقد انقطع فعلا (لأنه نفذ الحكم المطعون فيه) ، زال حق التابع فيه[٢] .

٢٥٨ — وينتج من جميع ما تقدم :

أولا — أن لا مصلحة لطاعن فيما يكون قد صدر به الحكم وفق طلباته أو محققاً لمقصوده منها[٣] . ومن قضاء محكمتنا أنه إذا كان كل من الخصمين قدم للمحكمة الابتدائية طلباته فى موضوع الدعوى ، وكان كلاهما قد استأنف الحكم التمهيدى الصادر فيها وطلب إلغاءه والحكم فى موضوع الدعوى بطلباته ، ورأت محكمة الاستئناف أن هذا الموضوع صالح للفصل ففصلت فيه ، فلا يجوز

(١) راجع ما قلناه فى صفحة ٥٣٢ هامش رقم ٢ .

(٢) حكم ١٤ نوفبر سنة ١٩٣٥ (القانون والاقتصاد س ٦ رقم ١٢ ص ٤٨ والمحاماة س ١٦ رقم ٢١٣ ص ٤٩٢)

(٣) جارسونيه ص ٦٢٥ وهوامشها ، وفاى فقرة ٤٥ ص ٧٣

من بعد الطعن فى حكمها بدعوى أن هذا الحكم قد فصل فى موضوع الدعوى بغير أن يكون صالحا للحكم [1].

ومن قضاء محكمة النقض الفرنسية فى ذلك أن من استأنف حكما أصدرته المحكمة التجارية فى موضوع دعوى وطلب من محكمة الاستئناف إذا هى رأت (على خلاف الحكم المستأنف) أن المحكمة التجارية غير مختصة أن تفصل فى موضوع الدعوى ، لا يجوز له أن يطعن فى حكمها الصادر فى الموضوع بزعم أن المحكمة المدنية هى التى كان يجب إحالة الدعوى إليها لقيام دعوى أخرى مرتبطة بها أمامها [2] . وأن الطاعن إذا بنى طعنه فى جزء الحكم الصادر عليه على وجه يترتب على قبوله نقض جزء الحكم الآخر الصادر لمصلحته فان طعنه يكون غير مقبول [3] .

---

(١) ن . م . م ٢٠ يونيه سنة ١٩٣٥ (المحاماة س ١٦ رقم ١١٨ ص ٢٨٥)

(٢) ع . ف ٨ يناير سنة ١٨٩٥ (د ٩٥ — ١ — ٣٠٨) وتتلخص القضية فى أن دعوى رفعت إلى المحكمة التجارية طلب فيها الحكم بدفع ثمن عقار كان رفع بشأنه دعوى استحقاق أمام المحكمة المدنية ، فطلبت إحالة الدعوى إلى المحكمة المدنية لما بين الدعويين من ارتباط ، والمحكمة التجارية حكمت باختصاصها هى بنظر الدعوى ، وحكمت فى الموضوع ؛ استؤنف الحكم وطلب المستأنف من محكمة الاستئناف إذا رأت عدم اختصاص المحكمة التجارية أن تفصل فى موضوع الدعوى (أى بغير إحالة إلى محكمة الدرجة الأولى المدنية) فأيدت محكمة الاستئناف الحكم بجميع أجزائه ، ولما طعن فى هذا الحكم قالت محكمة النقض إن محكمة الاستئناف هى المختصة أصلا بنظر الموضوع سواء أ كانت الدعوى تجارية أم مدنية وإنها فوق ذلك قد فصلت فى الموضوع كما طلب ذلك منها المستأنف نفسه ، فليس له بعد أن يطعن فى الحكم الاستئنافى على زعم أنه كان ينبغى لمحكمة الاستئناف أن تلغى الحكم المستأنف وتحيل الدعوى إلى المحكمة المدنية القائمة أمامها تلك الدعوى المدنية المرتبطة هى بها .

(٣) ع . ف ٢٣ يناير سنة ١٩١١ (د ٩١١ — ١ — ٢٣٩) وتتلخص القضية فى أن بلدية (روان) طالبت شركة المياه بها بقيمة ما تستحقه لديها عن إشغال بعض الطرق بمواسير المياه ، فأنكرت الشركة على البلدية هذه الحقوق ، واستند كل من الخصمين إلى عقد المقاولة الذى تم بينهما ، فحكمت محكمة الدرجة الأولى بإلزام الشركة بدفع المدعى به وأجازت للبلدية سبيل الاكراه البدنى لتحصيل المحكوم به على ما جرت به الأوامر واللوائح الادارية النافذة فى مثل صورة الدعوى ، ولكن محكمة الاستئناف أيدت الحكم المستأنف فيما قضى به من إلزام الشركة بدفع ما استحق عليها وألغته فيما عدا ذلك . فطعنت البلدية فى هذا الحكم زاعمة أن محكمة الاستئناف بتعرضها لتفسير عقد المقاولة الذى هو من اختصاص السلطة الادارية ، قد أخلت بأصل الفصل بين السلطات الذى هو من النظام العام . ولكن محكمة النقض لم تقبل هذا الوجه =

ومن حكم لمصلحته بإجابة طلباته فى موضوع الدعوى وبرفض ما قدمه فيها من دفوع شكلية أو موضوعية ، لا يجوز له — إذا طعن خصمه فى الحكم الصادر عليه — أن يطعن هو طعناً فرعيا فيما قضى به هذا الحكم من رفض دفوعه [١] .

٢٥٩ — ثانياً — لا مصلحة لطاعن فى الطعن فيما يكون قد صدر به الحكم على غير مصلحة خصمه ؛ ذلك بأن الحكم الصادر برفض ما طلب الخصم الحكم به على الطاعن يعتبر أنه فى واقع الأمر حكم لهذا الطاعن ، وقد بينا من

= من وجوه الطعن وأثبتت فى حكمها أن محكمة الموضوع لم تعول فى قضائها بالغاء الحكم المستأنف — فيما قضت بالغائه — على تفسير عقد المقاولة ، وإنما عولت على عدم مشروعية العوائد المربوطة عن إشغال هذه الطرق ، لأن وزير الداخلية لم يكن اعتمدها . ثم لاحظت أن الذى كان يهم البلدية حقا هو اعتبار الشركة مسئولة عن إشغال الطريق ، وقد قضى لمصلحتها فى ذلك ، وأنه لو قبل وجه طعنها هذا المتقدم الذكر لنقض الحكم من أساسه وعاد هذا عليها بخسران ما حكم لها به .

(١) ن . ف ٥ مايو سنة ١٨٧٩ (س ٧٩ — ١ — ٣٠٢) ومما قاله المستشار ماسيه Massé فى تقريره الذى تلاه بالجلسة أن قضاء محكمة النقض قد جرى على رفض طعن صاحب الدفوع ، اكتفاء بما يكون له من حق إبدائها مجدداً أمام محكمة الاحالة لو نقض الحكم المطعون فيه بناء على طلب الخصم الذى صدر عليه الحكم فى موضوع الدعوى . وشرح ذلك فقال إن الحال لا يخلو من أحد أمرين : إما أن تحكم محكمة النقض برفض الطعن الأصلى المرفوع عن الحكم الصادر فى موضوع الدعوى فيبقى الحكم على ما هو عليه ، وإذن فلا ضرر منه على صاحب الدفوع . وإما أن ينقض الحكم فيعود صاحب الدفوع إلى سابق مركزه من الدعوى فيكون له تقديم دفوعه لدى محكمة الاحالة ، وإذن فيتعين الحكم بعدم قبول الطعن الفرعى لعدم المصلحة . وقد استشهد المستشار فى ذلك بحكم المحكمة الصادر فى ٧ أبريل سنة ١٨٥٢ (س ٥٢ — ١ — ٤٠٧) حيث جاء به أن فلاناً — الذى كان صدر الحكم فى موضوع الدعوى لمصلحته — ما كان يجب عليه بل ما كان يستطيع — عند طعن خصمه فى الحكم — أن يرفع طعناً عما قضى به من رفض الدفوع : إذ الحكم لا يعتبر فى مثل صورة الدعوى أنه متعدد الأجزاء وأن لكل من الخصوم أن يطعن فى الجزء الذى يتضرر منه ، بل يجب اعتباره وحدة لا أجزاء لها إذا نقض انتقض كله ، وعاد صاحب الدفوع إلى مركزه السابق فى الدعوى قبل صدور الحكم المنقوض فيكون له الحق فى تقديم ما شاء من دفوع أمام محكمة الاحالة . ولقد أخذت محكمة النقض برأى مستشارها المقرر فقالت فى حكمها (٥ مايو سنة ١٨٧٩) إنها إذ تقضى بعدم قبول الطعن الفرعى المقدم من صاحب الدفوع لعدم المصلحة تبنى حكمها فى ذلك على أن الطعن الأصلى من المحكوم عليه ليس من شأنه فى صورة الدعوى أن يخلق للخصم حقا فى تقديم طعنه الفرعى ما دام من المقرر أنه متى حكم بنقض الحكم المطعون فيه فى مثل هذه الصورة يعود صاحب الطعن الفرعى إلى سابق مركزه من الدعوى فيدفعها بما شاء من دفوع ، حتى تلك التى يكون الحكم المنقوض قد رفضها .

قبل أنه لا يجوز لخصم أن يطعن فى حكم صدر له ، لعدم المصلحة فى ذلك . ومن قضاء محكمة النقض الفرنسية فى ذلك : أن من حكم له برفض ما طلب خصمه من تعيين خبير فى الدعوى ، لا يجوز له الطعن بخلو الحكم فى ذلك من أسبابه ، ولا بأنه قد أخطأ فى عدم الاستجابة لخصمه فيما طلب(١) . وأنه لا يجوز لمن طلب أمام محكمة الاستئناف لأول مرة الحكم بسقوط حق خصمه فى طلب التحقيق الذى أمرت بإجرائه محكمة الدرجة الأولى ، أن يطعن فى الحكم الذى أصدرته فى موضوع الدعوى مستغنية به عن هذا التحقيق المأمور به ، بانيا طعنه على خلو هذا الحكم الضمنى من الأسباب التى يكون قد بنى عليها(٢) .

وأنه لا يجوز لخصم أن يطعن فى الحكم الصادر برفض طلب خصمه إحالة الدعوى إلى التحقيق بالبينة(٣) أو بوقف الدعوى حتى يخاصم هذا الخصم وكيله(٤) (action en désaveu) ولا فى الحكم الصادر بعدم إلزامه بالمصاريف لخصمه(٥) ، أو بالزامه بفوائد الكمبيالة من تاريخ البروتستو (دون تاريخ

(١) ع . ف ٩ أبريل سنة ١٨٦٢ (د ٦٢ — ١ — ٤٦٨) وتتلخص القضية فى أن تصادماً بحريا حصل بين سفينتين فرفع قبطان السفينة التى عطبت منهما على مالك السفينة الأخرى وقبطانها دعوى إلى المحكمة التجارية طلب فيها الحكم تمهيديا بندب خبير لمعاينة السفينتين وإثبات ما أصاب السفينة المعطوبة من تلف وتقدير قيمة إصلاحها حتى تعود صالحة للسفر كما كانت ، فحكمت المحكمة فى الموضوع بالزام المدعى عليه بالقيام باصلاح ما ترتب على خطئه من تلف لسفينة المدعى حتى تعود كما كانت ، على مصاريفه ، وأجازت للمدعى القيام بهذا الاصلاح على مصاريف المدعى عليه إذا امتنع عن القيام به . ومحكمة الاستئناف أيدت هذا الحكم فطعن المحكوم عليه فى الحكم الاستئنافى بانياً طعنه على أن المحكمة إذ قضت فى الموضوع فرفضت طلب خصمه تعيين خبير فى الدعوى ولم تسبب حكم الرفض يكون حكمها باطلا ومخالفاً للقانون . فلم تقبل محكمة النقض هذا الطعن وقالت إن طلب تعيين الخبير كان طلباً موجهاً إلى الطاعن من خصمه فلا يصح له هو أن يتظلم من الحكم الصادر برفضه ولا من خلوه من الأسباب .

(٢) ع . ف ١٧ ديسمبر سنة ١٩٠٠ (د ١٩٠١ — ١ — ٧٦) وأشير إليه فى تعليقات دالوز فقرة ٦٨٠

(٣) حكم ١٧ مايو سنة ١٨٣٠ (ربرتوار دالوز فقرة ٣٠٤ / ١)

(٤) ع . ف ١٢ أغسطس سنة ١٨٤١ (س ٤١ — ١ — ٨٦٣) وأشير إليه فى ربرتوار دالوز فقرة ١٣٠٤

(٥) ن . ف ٢٩ ميسيدور سنة ٢ (ربرتوار دالوز فقرة ٣١٠)

سابق)[١] ، أو بعدم أخذ الحكم بقاعدة التقادم التى تمسك بها خصمه[٢] ، ولا فى الحكم الصادر عليه لخصمه بأقل مما طلب[٣] ، أو الصادر له على خصمه بأكثر مما طلب[٤] ، ولا فى الحكم له على خصومه بالتضامن[٥] .

والظاهر من مطالعة أسباب بعض هذه الأحكام أن الطاعنين كانوا يقحمون وجوه الطعن المتقدمة الذكر مع وجوه أخرى يبتغون بها نقض أجزاء الأحكام المقضى بها عليهم لخصومهم .

٣٦٠ — ثالثاً — لا مصلحة لطاعن فيما يكون قد صدر به الحكم على من كان معه فى طرف من الخصومة — ولو توافقت مصلحتهم فيها جميعاً — إذا كان لا تضامن بينهم وكان الحق المتنازع فيه متبعضاً بينهم[٦] ، إلا إذا كان وكيلا عنه[٧] . فان كان الحكم صادراً على اثنين وطعن أحدهما فيه عن نفسه فقط فلا يجوز له أن يستمسك بما كان يجوز لزميله — الذى لم يطعن — أن يتمسك به من أوجه دفاعه الخاصة[٨] . وأحد المستأنفين لا يجوز له إذا طعن وحده فى الحكم أن يبنى طعنه على أن محكمة الاستئناف قد خالفت القانون فيما قضت به من رفض طلب خاص كان قدمه لها مستأنف آخر اشترك معه هو فى الاستئناف[٩] ، إلا إذا كان بين المستأنفين تضامن أو كان الحق غير قابل للتجزئة فانه يجوز لأى

---

(١) ع . ف ١٠ ديسمبر سنة ١٨١١ (ربرتوار دالوز فقرة ٣١٠) وكاربنتييه فقرة ١٠٩٧

(٢) ن . ف ٩ فبراير سنة ١٨٠٨ (ربرتوار دالوز بالمرجع السابق وكاربنتييه فقرة ١٠٩٨)

(٣) ع . ف ١٦ مارس سنة ١٨٩٨ (د ٩٨ — ١ — ٣٠١)

(٤) ع . ف ٨ فبراير سنة ١٨٠٧ (ربرتوار دالوز فقرة ٣١١)

(٥) ٩ يناير سنة ١٩٠٠ (د ٩٠٤ — ١ — ٦٠٥)

(٦) فاى فقرة ٤٦ وتعليقات دالوز فقرة ٧٠٨ إلى ٧١٣

(٧) ن . ف ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٠٨ (د ٩٠٩ — ١ — ٢١٤)

(٨) ن . ف ١٨ نوفبر سنة ١٨٩٣ (د ٩٣ — ١ — ٣٥٠)

(٩) ن . ف أول مايو سنة ١٨٧٦ (د ٧٦ — ١ — ٤٨١)

منهما أن يتمسك بما كان لزميله أن يتمسك به من أسباب تقتضى نقض الحكم، لأن ضرر الحكم يتعدى إلى الطاعن فى حالتى التضامن وعدم التجزئة [١].

٣٦١ — رابعاً — ومن باب أولى لا مصلحة لطاعن فيما صدر به الحكم على من لم يكن من خصومه ولا من اتفقت مصلحتهم مع مصلحته، لأن الحكم فى هذه الصورة لا يمكن أن يلحق به ضرراً ما. ومن أمثلة ذلك ماقضت به محكمة النقض الفرنسية من الحكم بعدم قبول طعن من عاب على حكم بعدم الفصل فى دعوى ضمان وجهها كفيل بالدين على آخر لا صلة له بالطاعن [٢].

٣٦٢ — خامساً — لا مصلحة لطاعن فى طعن يبنيه على سبب لو صح واقتضى نقض الحكم المطعون فيه لما عاد عليه من هذا النقض أية فائدة له [٣]. ومن أمثلة هذه القاعدة أن دائنا خصص له كامل دينه فى توزيع فتح بينه و بين دائنين آخرين على ثمن عين بيعت بالمزاد الجبرى فطعن أولئك الدائنون فى الحكم الصادر فى مناقضتهم فى هذا التوزيع وكان وجه طعنهم أن جزءاً من دين مزاحمهم قد سقط الحق فيه بالتقادم وأنه يجب استبعاد ما خصص لهذا الجزء فى التوزيع. فلما رأت محكمة النقض أن المال المقتضى توزيعه على جماعة الدائنين يضيق حتى عن جزء الدين الذى لا نزاع فى عدم سقوطه بالتقادم قضت بعدم قبول الطعن لعدم المصلحة [٤]. وفى طعن قدمه وارث وكانت حجته فيه أن فلانا من خصومه محجوب بغيره عن الارث حجب حرمان، قضت محكمة النقض بعدم قبوله كذلك لعدم المصلحة حين تبينت أن نصيب من يرى وجوب حجبه عن الارث يؤول إلى غير الطاعن من الورثة [٥]. وقد قضت كذلك بعدم قبول الطعن المبنى على خطأ الحكم

---

(١) ملحق دالوز فقرة ٨٠ وجارسونيه ص ٦٢٦ هامش ١٠

(٢) ن. ف ١١ نوفبر سنة ١٨٠٧ (ربرتوار دالوز فقرة ٣٠٥) وتعليقات دالوز من فقرة ٧١٤ إلى ٧٢٨

(٣) تعليقات دالوز من فقرة ٧١٩ إلى ٧٤٢ وربرتوار دالوز فقرة ٣٠٨ وما بعدها.

(٤) ع. ف ١٤ نوفبر سنة ١٨٢٦ (شير إليه فى ربرتوار دالوز فقرة ٣٠٨ وفى فاى فقرة ٤٥ ص ٧٣ وهامش ٢٠).

(٥) ن. ف ٢٠ يونيه سنة ١٨٩٨ (د ٩٩ — ١ — ٤٤١)

المطعون فيه فيما قضى به من عدم قبول الاستئناف الفرعى الذى كان رفعه الطاعن بغير الكيفية الواجب رفعه بها ، وذلك لأنها لاحظت أن محكمة الاستئناف حين قضت بعدم قبول هـذا الاستئناف الفرعى قررت أنها مع ذلك ترى أن الاستئنافات المرفوعة فى الدعوى واجبة الرفض موضوعا[١]. وكذلك قضت بعدم قبول طعن أحد المستأنفين فى الحكم الصادر عليهم بعدم قبول استئنافه هو شكلا وبرفض استئناف الباقين موضوعا ، حين تبين لها أن محكمة الاستئناف إن كانت قد أخطأت حقا فى القضاء بعدم قبول استئناف الطاعن شكلا فقد قضت مع ذلك فى واقع الأمر فى موضوع هذا الاستئناف برفضه وذلك بقضائها فى موضوع استئناف زملائه بالرفض ، وأنها بنت حكمها هذا على أسباب موضوعية حصلتها من وقائع الدعوى وظروفها ومستنداتها المقدمة منهم جميعاً تحصيلا موضوعيا لا رقابة فيه لمحكمة النقض[٢] .

٢٦٣ — سادساً — ولا يعتد بما يدعيه الطاعن من مصلحة فى الطعن ، إلا إذا وجه طعنه لخصم يكون له نوع مصلحة فى قيام الحكم المطعون فيه وفى الذود عنه وطلب الحكم برفض الطعن فيه[٣] . وكثيراً ما قضى بعدم قبول الطعن الموجه إلى من لم تكن للطاعن قبله طلبات أمام محكمة الموضوع ، ولم يكن له هو طلبات قبل الطاعن كذلك[٤] . وقد اختلفت دائرتا محكمة النقض الفرنسية

(١) ع . ف ٢ يوليه سنة ١٨٠٧ و ٢٢ مارس سنة ١٨٢٥ وقد أشير إليهما فى ربرتوار دالوز فقرة ٣٠٨

(٢) ن . ف ٤ ديسمبر سنة ١٨٨٩ (د ٩٠ — ١ — ١٦٥) و ن . ف ٣١ يناير سنة ١٩١٠ (د ١١ ٩ — ١ — ٢٠٣) . وكثيراً ما ظهر لمحكمة النقض أن بحثها فى وجه من وجوه الطعن أو فى شق من وجه منها وقضاءها فيه بعدم قبوله أو برفضه يجعل بحث غيره عديم الفائدة ، فتكتفى عندئذ بالقول بأن لا حاجة بها لبحث باقى الوجوه لعدم الفائدة منها للطاعن ثم تقضى برفض الطعن . انظر ع . ف ٥ نوفمبر سنة ١٨٨٨ (د ٨٩ — ١ — ٤٠٤) و ع . ف ٤ يوليه سنة ١٩٠٥ (د ٠٧ ٩ — ١ — ٢٠٢)

(٣) تعليقات دالوز من ٧٥٥ إلى ٧٦٢ وربرتوار دالوز فقرة ٣٠٦ وملحقه فقرة ٨١ وفاى فقرة ٤٦ و ن . ف ٢٦ أغسطس سنة ١٨٧٣ (د ٧٣ — ١ — ٤٧٥)

(٤) ن . ف ٢٦ فبراير سنة ١٨٧٢ (د ٧٢ — ١ — ١٠٩)

فيما إذا كان يجوز لمستأنف خسر استئنافه وحكم عليه بالغرامة طبقاً للمادة ٤٧١ مرافعات أن يطعن بطريق النقض فى القضاء بالغرامة ، وفيمن يجب اختصامه فى هذا الطعن إذا جاز رفعه ، هل يوجه إلى المستأنف عليه المحكوم له فى موضوع الاستئناف وهو لا يعتبر محكوماً له بالغرامة ؟ فذهبت دائرة العرائض إلى عدم جواز الطعن ، وحجتها أن الحكم بالغرامة هو حكم صادر على هامش الخصومة الأصلية ولمصلحة الخزانة ، وليس يصلح المحكوم له فى موضوع الاستئناف لأن يكون خصما للذود عن الحكم المطعون فيه الصادر لمصلحة الخزانة[1] . أما الدائرة المدنيـة فالظاهر من أحكامها القليلة التى أصدرتها فى هذا الموضوع أنها — ترفقاً بالمحكوم عليه بالغرامة — تعتد بما له من المصلحة الظاهرة فى نقض الحكم فتقبل طعنه وتقضى بنقض الحكم بغير إحالة ، معتمدة فى ذلك على أن المدعى عليهم فى الطعن وإن كانوا هم الذين صدر لهم الحكم فى الموضوع إلا أنه لا مصلحة لهم فى الجزء الذى نقضته من الحكم ، ولا مصلحة لهم من إحالة النظر فيه من جديد إلى محكمة الاحالة[2] . ولعل الصواب فيما يشبه هذه الصورة عنـدنا من مثل الحكم بالغرامة فى إنكار الخطوط وفى دعوى التزوير الفرعية أن يوجه الطعن إلى من يمثل الخزانة العامة قانوناً ، اعتبارا بأنه هو الذى يتولى حفظ حقوقها والمداعاة بها منذ صدور الحكم بالغرامة . وهذا بالضرورة إذا كان الطاعن قد اقتصر على الطعن فى الحكم الصادر عليه بالغرامة ، أما إذا كان طعنه قد شمل الحكم كله فلا حاجة بالطاعن إلى اختصام النائب عن الخزانة ،

---

(١) فاى فقرة ٤٦ ص ٧٥ وهامش ٢٤ وتعليقات دالوز فقرة ٧٥٩ وفيها سلسلة الأحكام الصادرة من سنة ١٨٥٩ لغاية سنة ١٩٠١ منها حكم ٦ يوليه سنة ١٨٥٩ (د ٥٩ — ١ — ٣٩٣) ع . ف ٤ يناير سنة ١٨٨٧ (د ٨٨ — ١ — ٤٣٨) وكذلك ن . ف ١٤ يناير سنة ١٩٠١ (د ١٩٠١ — ١ — ٢٥٢)

(٢) وهذا الرأى قد رجحه فاى (فقرة ٤٦ ص ٧٥) وأشار إلى حكمى الدائرة المدنية الصادرين فى ٢٦ أبريل سنة ١٨٣٠ و ٢٦ مارس سنة ١٨٤٥ ، ثم استشهد بحكمها الذى أصدرته فى أول مايو سنة ١٨٩٥ القاضى بابطال الحكم المطعون فيه فيما قضى به من الحكم على وكيل الدعوى بالعقوبة التأديبية (د ٩٦ — ١ — ١٨٥)

لأن المحكمة تستطيع القضاء بنقض الحكم المطعون فيه كله أو بعضه بغير إحالة وبغير حضور هذا النائب .

٢٦٤ — سابعاً — وتنعدم المصلحة فى الطعن ، ويقتضى انعدامها الحكم بعدم قبوله ، إذا عدل المحكوم له عن تمسكه بالحكم المطعون فيه وحقق لخصمه غايته من الطعن فيه وأوفى له ما تكبده من مصاريف[١] . ذلك بأن للمدعى عليه فى الطعن أن ينصف خصمه من نفسه فيعترف له بما هو الحق فى واقع الأمر ، عادلا فى ذلك عن التمسك بالحكم المطعون فيه وموفياً للطاعن ما غرمه من المصاريف[٢] . وقد قضى بأن دائن التفليسة إذا طعن فى الحكم الصادر من المحكمة التجارية ببطلان إجراءات التداعى التى سار فيها ضد المفلس بغير تفريق بين ما باشره منها قبل الحكم بالتفليس وتعيين وكيل الدائنين وما باشره منها بعد ذلك ، ثم أقر له وكيل التفليسة (السنديك) بأنه هو كان على حق بالنسبة للإجراءات السابقة لحكم التفليس ، وأنه لذلك يعدل عن التمسك عليه بالحكم المطعون فيه بالنسبة لها فقط ، ولن يتمسك عليه به إلا بخصوص تلك الاجراءات اللاحقة ويطلب الحكم من أجل ذلك بعدم قبول الطعن لعدم المصلحة ، حق لمحكمة النقض أن تجيبه إلى ما طلب[٣] . وقضى كذلك بعدم قبول الطعن فى الحكم الصادر بالزام الطاعن برد مبلغ حصله من خصمه بغير حق وبفوائده ، فى صورة لا يلزمه القانون فيها بفوائد ألبتة ، اعتباراً بأن المحكوم له كان قد أعلن الطاعن — قبل رفع الطعن —

---

(١) و (٢) تعليقات دالوز من فقرة ٧٤٣ إلى ٧٥٤ وجارسونيه ص ٦٢٦ وهامش ٩ ون . ف ١٢ مايو سنة ١٨٧٥ (د ٧٥ — ١ — ٣٦١) ون . ف ١٢ مايو سنة ١٨٨٥ (د — ٧٥ — ٣٠١) و ن . ف ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٠٣ (د ٠٦ ٩٠ — ١ — ٣٢٤) وفاى فقرة ٤٥ ص ٧٤

(٣) ع . ف ٢٦ مايو سنة ١٨٢٣ (ربرتوار دالوز فقرة ٣٢٠ ، وقد نشر الحكم بالهامش) ويتبين منه أن الطعن كان عن جزء الحكم الخاص بالاجراءات السابقة على حكم التفليس . وقد قالت محكمة النقض إن محكمة الموضوع قد أخطأت فى الواقع فى عدم التمييز بين هذه الاجراءات والاجراءات اللاحقة ، وإن المطعون ضده قد أزال هذا العيب بنفسه ولم تكن للطاعن بعد ذلك مصلحة ما من طعنه .

بأنه لا حق له هو فى اقتضاء هذه الفوائد وأنه لن ينفذ الحكم الصادر له بها عليه[١].
وقضى أيضاً بأن خطأ الحكم فى مبدأ احتساب الفوائد المحكوم بها لا يجعل للمحكوم عليه بها مصلحة فى الطعن ، إذا بادر المحكوم له وأعلن خصمه قبل رفع طعنه بأنه مسلم بوقوع هذا الخطأ وأنه لذلك لن ينفذ الحكم إلا لتحصيل الفوائد السارية من مبدئها الصحيح المعتبر عند خصمه ، وأنه لا حاجة إذن لهذا الخصم إلى الطعن فى الحكم بوقوع هذا الخطأ ، فاذا طعن كان طعنه غير مقبول[٢].

٢٦٥ — ولعلنا بذكر هذه القواعد و بضرب تلك الأمثال عليها قد يسرنا السبيل لمن يريد أن يتفهم معنى المصلحة تفهماً يغنيه ، و إلا فان من المتعذر حقا إقامة ضابط معين مستقر (وعلى تعبير الأصوليين : اعتبار وصف مناسب منضبط) يمكن جعله مناطا لها . على أن المتفق عليه والذى جرت محكمة النقض الفرنسية على موجبه : أنه فى القول بقيام المصلحة وعدم قيامها ، ينبغى الرجوع إلى وقت صدور الحكم المطعون فيه والنظر وقتئذ إلى جميع وقائع الدعوى وظروفها الثابتة بالحكم وتقدير ما إذا كان ما يمكن النعى عليه من خطأ فى القانون قد أضر حقا بالطاعن أم لم يضر به ، بصرف النظر عما طرأ بعد ذلك من الظروف مما عسى أن يمكن معه تبرير الاعتبار القانونى الذى قام الحكم على أساسه[٣]. وتعليله ، على ما يظهر ، أن محكمة النقض — كما رأيت عند الكلام على ما يقبل من الأسباب وما لا يقبل — إنما تنظر فى الطعن بالحالة التى كان عليها عند صدور

---

(١) ن . ف ١٩ مارس سنة ١٨٣٩ (ربرتوار دالوز فقرة ٣٠٨ / ١١)

(٢) ن . ف ٣ يونيه سنة ١٨٦٧ (د ٦٧ — ١ — ٢٠٥) وتعليقات دالوز رقم ٧٥١

(٣) ملحق دالوز فقرة ٧٧ وفاى فقرة ٤٥ ص ٧٣ وجارسونيه ص ٦٢٤ وهامش ٤ وتيسييه ص ٤٥٦ وهامش ٤ و ن . ف ٢٢ يوليه سنة ١٨٤٥ (س ٤٥—١—٨١٩) و (د ٤٦—١— ٣٣) و ن . ف ٢٠ يناير سنة ١٨٨٥ (د ٨٥ — ١ — ٣٦١) و ٢٣ مارس سنة ١٩٠٣ (د ٠٣ — ١— ٤٠٦) و ن . ف ٢١ فبراير سنة ١٩٠٥ (س ٠٥ — ١ — ٢٣٧) وتعليقات دالوز فقرة ٧٨٤ إلى ٨٠٦

الحكم المطعون فيه ، بحيث لا يكون للظروف الطارئة أى أثر فى الطعن ولا فى مركز طرفى الخصوم ، وأن المدعى عليه فى الطعن ليس له أن يستند فى الدفاع عن الحكم المطعون فيه إلى غير ما قام عليه الحكم من أسباب ، بل ليس له أن يستند إلى الأسباب القانونية الصرف إلا إذا كانت قائمة فى الخصومة أمام المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه .

ومن الشواهد على هذه القاعدة أنه طعن فى حكم صدر بتنفيذ اتفاق عقدته إحدى البلديات مع أحد الأهالى خاصا بالانتفاع بالمياه الفائضة عن حاجتها ، رغم عدم التصديق عليه من الجهة الادارية المختصة . ولم يكن بعد قد فات الميعاد المحدد لهذا التصديق ، فلما صدق على هذا الاتفاق بعد رفع الطعن ، دفع بزوال مصلحة الطاعن فقضى برفض الدفع ونقض الحكم[1] . وطعن فى حكم آخر اعتبر العقار المتنازع فيه غير داخل فى عداد الأملاك المخصصة للمنافع العامة ، فلما صدر القرار الادارى باعتماد خروجه منها بعد رفع الطعن دفع بعدم قبول الطعن لزوال المصلحة ، ولكن محكمة النقض رفضت الدفع ونقضت الحكم[2] . وكذلك قضى بأن الحكم الصادر فى دعوى المطالبة بممر لعقار محبوس عن الطريق العام ، يبقى حق الطاعن فيه على أصله ، ولو زالت حالة الحبس هذه واتصل العقار المحبوس بالطريق العام بعد رفع الطعن[3] . ومثال آخر لذلك : بيع عقار كان يملكه رجل وولده وقبض كل منهما حصته فى الثمن فادعت زوجة الرجل فى دعوى رفعتها على ابنه أن العقار كله كان ملكا لزوجها ، وأنها إذ تدينه بمهرها الذى قدمته له حين زواجها منه فلها الحق فى استرداد ما قبضه ابنه من ثمن ذلك العقار خصما من مهرها هذا ، فقضت محكمة الدرجة الأولى لها بهذه الطلبات ذاكرة فى حكمها أن الصفة التى اتصفت بها المدعية

---

(١) ن . ف ١٥ مايو سنة ١٨٨٢ (د ٨٣ — ١ — ١٦٤) و (س ٨٤ — ١ — ١٦١)

(٢) ن . ف ٢٠ يناير سنة ١٨٨٥ (د ٨٥ — ١ — ٣٦١)

(٣) ذكر فاى هذا المثال فى ص ٧٣

في الدعوى لا نزاع فيها . فلما استؤنف الحكم طلب المحكوم عليه من محكمة الاستئناف التقرير بأن لا صفة لزوجة والده في رفع مثل هذه الدعوى ما دام والده حيا والزوجية قائمة ، فلما أيدت محكمة الاستئناف الحكم المستأنف أخذاً بأسبابه طعن المحكوم عليه فيه فدفعت الزوجة بعدم قبول الطعن لعدم المصلحة ، لأن زوجها قد توفي بعد صدور الحكم ورفع الطعن فأصبح حقها في رفع الدعوى حرا وحقها في استرداد ما لها من مهر في الروكية حرا كذلك ، ولكن محكمة النقض حكمت بقبول الطعن وقضت بنقض الحكم المطعون فيه لمخالفته للقانون ، معتمدة في ذلك على أن مصلحة الطاعن كانت متحققة يوم صدور الحكم المطعون فيه ، وبحسب الطاعن أن تكون له مصلحة يومئذ[1] .

كون الطاعن ذا أهلية أو سلطة

٢٦٦ — ويشترط في الطاعن إذا كان هو نفسه صاحب الحق أن تكون له أهلية التقاضي حين الطعن ، كما لو كان يرفع الدعوى أمام محكمة الدرجة الأولى أو الاستئناف أمام محكمة الدرجة الثانية . أما إذا كان نائباً عن صاحب الحق فيجب أن يكون تقديم الطعن داخلا في حدود السلطة المخولة له شرعا أو قانونا أو اتفاقا .

والشريعة الإسلامية ، وقوانين الطوائف المختلفة وقوانين الأحوال الشخصية ، والقوانين النظامية والادارية والمدنية والتجارية ، وعقود الشركات هي التي تحدد أهلية الأشخاص الحقيقية والمعنوية ، وسلطة الأولياء والأوصياء والقامة والنائبين عن الحكومة والوزارات والمصالح ومجالس المديريات والبلديات والمؤسسات الخيرية والشركات المدنية والتجارية والجماعات ، كل فيما هو بسبيله .

---

(١) ن . ف ٢٢ يناير سنة ١٩٠٢ (س ٩٠٥ — ١ — ٣٢٥) و (د ٩٠٢ — ١ — ٢٩٣)

وعقد الوكالة وقواعد القانون المدنى والتجارى هى التى تحدد سلطة الوكيل .

والذى يهمنا ذكره هو لفت من يعمل باسم غيره نائباً عنه أن يذكر بجانب اسمه وصنعته ومحل إقامته اسم من ناب عنه وصنعته وصفته ومحل إقامته كذلك ، حتى تعود حقوق الخصومة وواجباتها إلى الأصيل نفسه .

الفصل الثانى

فيمن يختصم فى الطعن

---

٣٦٧ — ويشترطون فى المدعى عليه لصحة دعوى الطعن مثل الذى اشترطوه فى جانب المدعى . ذلك بأن قيام المدعى برفع الطعن ، كما اقتضى فى النظر الفقهى أن يكون طرفاً فى الخصومة أمام المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه وأن يكون رفع طعنه وهو أهل للتقاضى متصفاً بالصفة القانونية التى كانت له أمام تلك المحكمة وأن تكون له نوع مصلحة فى الطعن حين صدور الحكم المطعون فيه ، كذلك كان قيام المدعى عليه بالذود عن الحكم المطعون فيه يقتضى فى النظر ألا يختصم فى الطعن إلا من كان خصما للطاعن وكانت له مصلحة فى الدفاع عن الحكم .

فالمدعى عليه الواجب اختصامه تصحيحاً لدعوى الطعن هو إذن من كان خصما للطاعن فى الخصومة التى صدر فيها الحكم المطعون فيه بصفته التى كان متصفاً بها ، وكانت له مصلحة فى الدفاع عنه حين صدوره ، على ما سبق تفصيله فى الفصل السابق الخاص برافع الطعن[1] .

---

(١) جارسونيه فقرة ٣٥٥ وهوامشها وفاى فقرة ٤٦ وكاربنتييه من فقرة ١٣٤٨ لغاية ١٣٩٤ وتعليقات دالوز من فقرة ٨٠٧ إلى ٨٦٤

وليس معنى ما جاء بالمذكرة الإيضاحية من أن الشارع « فضل تخويل رافع النقض الحرية فى تعيين الخصوم الذين يريد إدخالهم فى الدعوى دون إلزامه باعلان الطعن إلى جميع الخصوم الذين كانوا فى القضية التى صدر فيها الحكم المطعون فيه » — ليس معنى هذا القول أن الأمر فى اختيار الخصوم متعلق بمشيئة الطاعن يختصم من يشاء ولو لم يصح اختصامه ، ويبعد من يشاء ولو وجب اختصامه أو كانت الخصومة لا تنعقد إلا معه ، لأن الطعن ككل دعوى يجب توجيهه إلى من يجب عليه الجواب ويحتمل أن يلزمه القاضى بشىء مما يطلب منه — ولكن معناه أن الطاعن يجب عليه بادئ ذى بدء أن يوجه دعواه إلى من لا تصح الدعوى إلا باختصامه ، ثم له أن يقصرها على من يهمه فسخ الحكم عن نفسه فى خاصة حقه .

كون المدعى عليه خصما فى الخصومة الأولى

٣٦٨ — ينبغى توجيه الطعن إلى من كان خصما للطاعن فى الخصومة الأولى ، سواء حضرها بنفسه أو حضرها عنه غيره بولاية أو وصاية أو قوامة أو نيابة شرعية أو قانونية أو وكالة اتفاقية . فإن توفى المحكوم له وجب توجيه الطعن إلى ورثته ، وإذا فقد أهليته اختصم من يقوم عنه ، وإذا كان قاصراً ثم بلغ الرشد اختصم هو دون من كان يمثله ، وإذا أفلس وُجِّه الطعن إلى وكيل الدائنين[1] ، إلا أن يكون المفلس قد أفاد من الحكم فائدة خاصة فيصح اختصامه مع وكيل الدائنين . فإن تعلق الحكم المطعون فيه بحقوق للمفلس أفادها باشتغاله

(١) ويكون الطعن صحيحاً إذا وجه إلى وكيل الدائنين بعد انتهاء إجراءات التفليسة بالصلح ونص فى عقد الصلح على إلزام وكيل الدائنين بالاستمرار على تمثيلهم فى الدعوى التى رفع عنها الطعن (ن . ف ٦ مايو سنة ١٨٤٥ س ٤٥ — ١ — ٥٠٣) وكاربنتييه فقرة ١٣٥٩ لكن الطعن المرفوع على وكيل الدائنين ينبغى متابعة السير فيه على المفلس نفسه إذا انتهت إجراءات التفليسة بالصلح بعد تقرير الطعن ، وعاد المفلس لادارة أمواله ومباشرة حقوقه (ن . ف ٢٥ فبراير سنة ١٨٧٩ س ٧٩ — ١ — ١٥٣) كاربنتييه فقرة ١٣٧٨

بتجارة أخرى بعد تفليسه وجب توجيه الطعن إليه فقط دون وكيل الدائنين[١] . ومن حكم برفض دفع له بعدم قبول دعوى خصمه لعدم الصفة ، يبنغى له أن يختصم من صدر له الحكم برفض الدفع ولو كان غيره قد جدد الدعوى باعتبار أنه هو صاحب الصفة[٢] .

ويجب توجيه الطعن إلى من صدر له الحكم ولو تنازل عن حقه فيه بعد صدوره إلى غيره ، وأعلن هذا التنازل للطاعن أو قبله الطاعن قبل تقديم الطعن . ولا ريب فى أن لمن وجه إليه الطعن أن يدخل من وقع له التنازل فى الوقت المناسب ، لتعلق مصلحة كل منهما ببقاء الحكم ورفض الطعن[٣] . وقد قضى مع ذلك بأن من حصل له التنازل عن الحكم تكون له الصفة القانونية فى الدفاع عنه إذا وقع التنازل أثناء نظر القضية أمام المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه وأعلن التنازل للخصم قبل صدور هذا الحكم[٤] .

وإذا رفع الطعن على من لم يكن خصما فى الخصومة التى صدر فيها الحكم المطعون فيه فالطعن غير مقبول[٥] . ويكون الطعن غير مقبول كذلك إذا اقتصر الطاعن على اختصام من كان معه فى طرف من الخصومة ، ولم يكن لأيهما على صاحبه طلبات[٦] . وكذلك لا يقبل الطعن الموجه إلى من حكم باخراجه من الدعوى ، متى لم يكن للطاعن فى تقرير طعنه أسباب يكون قد بنى

---

(١) ن . ف ٢١ فبراير سنة ١٨٥٩ (س ٥٩ — ١ — ٥٥٥) وكاربنتييه فقرة ١٣٨٦

(٢) ن . ف ١٣ ابريل سنة ١٨٨٥ (د ٥٨ — ١ — ١٥٢)

(٣) كاربنتييه فقرة ١٣٥٢ ون . ف١٣ديسمبر سنة ١٨٥٣ (س٥٤ — ١ — ٢٧٥)

(٤) كاربنتييه فقرة ١٣٥٧ ون . ف ٢٨ يناير سنة ١٨٣٥ (س٣٥ — ١ — ٦٥٤)

(٥) فان كان الحكم قد قضى لخصم بشىء لم يطلبه فعلى المقضى عليه رفع ظلامته بطريق الالتماس (ع . ف ١١ يوليه سنة ١٩٠٤ د ٩٠٦ — ١ — ٢٨٩) وتعليقات دالوز فقرة ٨٢٥

(٦) ن . ف ١٨ مارس سنة ١٨٩١ (د ٩١ — ١ — ٤٠١)

عليها طلب نقض الحكم القاضى بهذا الإخراج[١] . و إن رفع الطعن على خصم وعلى غير خصم كان لهذا الأخير أن يطلب إخراجه و إلزام الطاعن له بالمصاريف إذا اقتضى الحال[٢] .

أما من كان قد اختصم ولم يكن خصما حقيقيا فى الدعوى فيصح الطعن ولو لم يوجه إليه . وقد قضى بأن الحاجز إذا طعن فى الحكم الصادر على المحجوز عليه فى مواجهة المحجوز لديه ، واقتصر على اختصام مدينه المحجوز عليه ، فإن طعنه يكون مقبولا ولو لم يختصم المحجوز لديه ، مادام هو لم يختصمه فى الخصومة الأولى إلا ابتغاء أن يصدر له الحكم بدينه فى مواجهته ، وما دام الحكم المطعون فيه لم يتعرض إلا لما قام بين الحاجز والمحجوز عليه من نزاع على الدين المحجوز عليه[٣] .

كونه ذا مصلحة فى الدفاع عن الحكم

٢٦٩ — ويكفى لصحة الطعن باختصام من شهد الخصومة الأولى أن يكون له نوع مصلحة تسوغ له الدفاع عن الحكم ، حتى ولو لم يكن قد قضى له بشىء ما على الطاعن[٤] ، وأيا كانت تلك المصلحة ومهما ضؤل شأنها . فمن

---

(١) ن . ف ٢٦ فبراير سنة ١٨٩٥ (د ٩٥ — ١ — ٢٨٩)

(٢) ن . ف ٢٧ أكتوبر سنة ١٨٩٧ (د ٩٨ — ١ — ٤٦ وتعليقات داللوز فقرة ٨٣٢)

(٣) ملحق داللوز فقرة ٨٧ و ن . ف ١٦ يوليه ١٨٧٢ (د ٧٢ — ١ — ٣٦١) أما جواز اختصام من اختصم ليصدر الحكم بمواجهته مع من يجب اختصامه من الخصوم الحقيقيين فلا شبهة فيه ، فقد قضى بأنه يجوز للطاعن أن يختصم فى طعنه من كان قد اختصمه فى الخصومة الأولى وطلب فيها الحكم فى مواجهته بالزام خصم آخر بشىء ، ولو كان هذا الذى اختصم قد فوض الأمر للمحكمة ولم يطلب إخراجه من الدعوى ولم تحكم محكمة الاستئناف باخراجه (ن . ف ٢٠ يناير ١٨٩٧ د ٩٧ — ١ — ١٢٨ وأشير إليه فى تعليقات داللوز فقرة ٨٣٠) ، وقضى بأنه إذا حكم على إنسان لآخر فى مواجهة ثالث كان للمحكوم عليه أن يوجه طعنه للمحكوم له ولمن صدر الحكم فى مواجهته ، ولو لم يحكم عليه هو بشىء (ن . ف ١٧ نوفمبر ١٨٤٠ س ٤٠ — ١ — ٩٣٥)

(٤) كاربنتييه فقرة ١٣٦٤ و ن . ف ٥ فبراير ١٨٦٨ (س ٦٨ — ١ — ١٧٣)

حكم له فقط بجزء من المصاريف يكون خصما للمحكوم عليه بها[١] .

على أن محكمة النقض ينبغى لها أن تقضى باخراج من اختصم فى الطعن ، ولو كان قد حكم له بشئ ، متى كانت أسباب الطعن لا تنصب على الذى حكم له به . فاذا تدخلت شركة تأمين تعاونى فى دعوى تعويض رفعها من أصابه الضرر من شركائها على المسئول له عن الحادث الضار ، وطلبت الحكم لنفسها بهذا التعويض ، وحكمت المحكمة بقبول تدخلها وفى موضوع الدعوى بندب خبير ، فانه لا يكون لهذا المدعى عليه ، إذا طعن فى هذا الحكم وارتكن فى طعنه على أسباب لا تعلق لها بغير شركة التأمين ، أن يختصم المدعى الأصلى فى طعنه لأنه لا يصلح خصما له فيه[٢] .

الفصل الثالث

فيمن يرفع الطعن ومن يوجه إليه عند تعدّد الخصوم

٢٧٠ — إذا تعدد المحكوم عليهم وجب على من يرفع الطعن منهم أن يوجهه إلى من حكم لمصلحته . ولا يجوز له أن يوجهه إلى غيره ممن كان فى صفه من الخصومة وحكم عليه مثله بطلبات من كسب الدعوى ، إلا أن يكون هذا الغير قد وجه قبله هو طلبات فأصبح خصما له فإنه يتعين عليه اختصامه عندئذ أو يجوز له هذا الاختصام على حسب الأحوال ، كما إذا تنازع اثنان عقاراً بينهما وتدخل ثالث حكم له بالعقار دونهما فإنه يجوز لكل منهما أن يوجه طعنه إلى

(١) المرجع المتقدم . وظاهر أنه إذا لم يرفع الطعن إلا على واحد لم تتوافر فيه الشروط القانونية المتقدمة الذكر لصلاحية اختصامه فى الطعن ، انتفت مصلحة الطاعن فى اختصامه وتعين الحكم بعدم قبول الطعن (كاربنتييه فقرة ١٣٦٦)

(٢) ن . ف ٨ ديسمبر سنة ١٨٦٢ (د ٦٣ — ١ — ٣٤)

الآخر ، ولو أنه قد حكم عليهما معاً لمصلحة المتدخل ، لأن كلا منهما كان يطلب الملك لنفسه على الآخر .

وإذ كان لكل فرد من أفراد أى طرف فى الخصومة مصلحة متميزة فى علاقته مع كل فرد من أفراد الطرف الآخر ، فليس من الضرورى — إذا تعدد المحكوم لهم — توجيه الطعن إلى كل منهم ، بل للمحكوم عليه الحق فى الاقتصار على توجيهه إلى بعض الخصوم دون بعض ، مراعياً فى ذلك مصلحته (وقد يكون اختصام بعضهم ممكناً واختصام بعض آخر متعذراً لسبب ما كان يكون قد أعلن له الحكم فانقطع عليه ميعاد الطعن بالنسبة له) . وهذا ما لم يكن موضوع الحق غير قابل للتجزئة أو كان القانون قد أوجب اختصام أشخاص مخصوصين كما هى الحال فى دعوى استحقاق العقار المرفوعة أثناء إجراءات نزع الملكية (المادة ٥٩٥ من قانون المرافعات) وفى دعوى استرداد المنقولات المحجوز عليها (المادة ٤٧٨ مرافعات) أو كان الارتباط القائم فى القضية المؤلفة من دعويين يقتضى توجيه الطعن إلى غير خصوم الطاعن الأصليين ، فانه يجب على الطاعن فى هذه الصور مراعاة مقتضى الحال من اختصام من يجب اختصامه .

تطبيق ذلك على الدعوى الأصلية ودعوى الضمان الفرعية

٢٧١ — (١) إذا حكم برفض الدعوى الأصلية ودعوى الضمان الفرعية[١] ،

---

(١) الغالب أن المدعى عليه فى الدعوى الأصلية هو الذى يقيم دعوى الضمان الفرعية ، ويكون مدعيا فيها . على أنه قد يحدث أن المدعى هو الذى يدخل الضامن إذا ألجأه إلى ذلك دفاع المدعى عليه ، فاذا طالب المحال المدين بالدين فدفع المدين بانقضاء الدين مثلا كان للمحال أن يدخل المحيل ضامناً له . وكثيراً ما يختصم المدعى المنازع له فى الحق ومن يضمن له عدم المنازعة فيه ، فيوجه إلى أولهما طلباته الأصلية وإلى الثانى طلباته الاحتياطية المتفرعة عن الضمان ، وفى هذه الصورة يكون كل منهما خصما للمدعى ، فيكون على المدعى إذا حكم برفض طلباته الأصلية والاحتياطية وطعن فى الحكم أن يختصمهما كليهما . أما إذا حكم له بطلباته الأصلية على المدعى عليه أو بالطلبات الاحتياطية على الضامن وطعن المحكوم عليه فى الحكم ، جاز له أن يختصم المدعى عليه الآخر بجانب المدعى الأصلى ، فاذا قضى للمشترى مثلا بثمن المبيع على بائعه ، جاز لهذا البائع أن يوجه طعنه إلى المدعى عليه المنازع فى الملك ليفسخ عن نفسه الحكم الصادر عليه بدفع الثمن ، وليقضى للمشترى بما طلب من تثبيت الملك له .

وجب على مدعى الدعوى الأصلية — إذا طعن فى الحكم — أن يختصم خصمه الأصيل وهو المدعى عليه[1]، ويجب عليه أن يختصم الضامن أيضاً (وهو المدعى عليه فى دعوى الضمان) إذا كان قد انضم إلى مدعى الضمان (المدعى عليه فى الدعوى الأصلية) فى طلب رفض الدعوى الأصلية أو كان لهذا الضامن طلبات قبل المدعى وحكم له بها، ولو انحصرت هذه الطلبات فى طلب إلزامه بمصاريف دعوى الضمان[2]، إذ يصبح الضامن بذلك خصما للمدعى مباشرة ويجب إذن تمكينه من الدفاع عن الحكم الصادر لمصلحته[3]. فان لم تكن للمدعى مصلحة فى اختصام ضامن المدعى عليه، كأن لم يكن لأحدهما قبل الآخر طلب ما حين كانت القضية أمام المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه، صح الحكم باخراج

(١) وقد قضى بعدم قبول الطعن إذا اقتصر المدعى على توجيه طعنه إلى الضامن، ولو كان هذا الضامن قد أخذ على نفسه عبء الدفاع فى الدعوى، إذا كان المضمون لم يطلب خروجه منها (ن. ف ١٧ نوفبرسنة ١٨٣٥ س ٨٣٥ — ١ — ٢٥١ و ن. ف ١٥ مارس سنة ١٨٤٢ س ٨٤٢ — ١ — ٥٢١) وكانت الدعوى الأصلية فى الحادثة التى صدر فيها هذا الحكم الثانى دعوى عينية، ولم يكن مدعى الضمان مطالباً فيها بتنفيذ التزام شخصى، بل كانت الدعوى دعوى استحقاق عقار رفعت على حائزه، فاختصم الحائز بائعه، وهذا البائع اختصم بائعه هو، وهذا الأخير اختصم بائعه كذلك، فحضر البائع للحائز وقرر أنه يأخذ على عهدته عبء الدفاع فى دعوى الاستحقاق المرفوعة على مضمونه، ولم يطلب هذا المضمون الخروج من الدعوى، وكان الحكم المطعون فيه صادرا برفض الدعوى لعيب شكلى، فبالنظر لاقتصار الطاعن على اختصام هذا الضامن فقط حكمت محكمة النقض بعدم قبول الطعن.

(٢) أو كانت الدعوى عينية وأخذ الضامن على نفسه عبء الدفاع فيها وطلب المدعى عليه إخراجه من الدعوى والحكم فيها مباشرة بين المدعى والضامن، عملا بالمادة ١٤٨ مرافعات (ع. ف سنة ١٩٠٣، س ٩٠٤ — ١ — ٣٤٠). وقد قضى بأنه لا يجوز للضامن أن يدفع بعدم جواز اختصامه فى الطعن المرفوع من المدعى فى الدعوى الأصلية زاعما أنه هو لم يختصم الطاعن فى الاستئناف الذى رفعه عن الحكم الصادر فى دعوى الضمان، متى كانت محكمة الاستئناف على الرغم من ذلك قد قضت بالغاء الحكم المستأنف برمته وألزمت المدعى فى الدعوى الأصلية بجميع مصاريف الدعويين (ن. ف ١١ فبراير ١٨٧٣ د ٧٣ — ١ — ٣٨١)

(٣) وقضى بأنه لا يجوز لضامن المدعى عليه أن يطلب إخراجه من الطعن الذى رفعه المدعى فى الدعوى الأصلية على خصمه المدعى عليه فيها، إذا كان هذا الضامن قد دفع بعدم اختصاص المحكمة بنظر الدعوى الأصلية وقبل دفعه (ن. ف ١٨ يونيه ١٨٨٨ د ٨٨ — ١ — ٤٥٤)

الضامن من الدعوى و إلزام الطاعن له بالمصاريف[1] .

٢٧٢ — (ب) فاذا حكم للمدعى بطلباته فى الدعوى الأصلية على المدعى عليه وحكم برفض الدعوى الفرعية ، فللمدعى عليه الذى خسر الدعويين أن يوجه طعنه لخصميه فى الدعويين (المدعى والضامن) أو لأيهما . فإن وجهه للضامن كان لهذا الضامن أن يرفع طعناً خاصا على المدعى الأصلى ليدفع عن مضمونه الحكم فى الدعوى الأصلية ، بشرط أن يكون هو قد طلب رفض الدعوى الأصلية .

٢٧٣ — (ج) وإذا حكم للمدعى بطلباته على المدعى عليه وحكم لهذا المدعى عليه بطلباته على ضامنه ، فعلى كل من المحكوم عليهما توجيه طعنه إلى خصمه . وظاهر أنه قد يكون للمدعى عليه — برغم أنه قد حكم له على ضامنه — مصلحة فى رفع الطعن على المدعى لاستبقاء الحق العينى المحكوم باستحقاقه لخاصة نفسه[2] .

ويبقى لمدعى الضمان le garanti حق الطعن فى مواجهة المدعى الأصلى ، ولو كان ترك ضامنه يقوم وحده بالدفاع فى الدعوى الأصلية وطلب هو الخروج منها وحكمت المحكمة باخراجه ، تطبيقاً للمادة ١٤٨ مرافعات . وذلك على اعتبار أن الضامن إنما كان فى واقع الأمر نائباً عنه فى الدفاع الموجه للمدعى فى الدعوى الأصلية .

---

(١) ن . ف ٢ يوليه ١٨٧٧ (د ٧٨ — ١ — ٥٧) . وقد قضى بأنه لا يصح للمدعى أن يختصم الضامن إذا كان الحكم الصادر برفض دعوى الضمان قد حمل على أسباب خاصة غير التى قام عليها الحكم الصادر برفض الدعوى الأصلية ، وكان وجه الطعن متعلقاً بهذه الدعوى الأصلية وغير ممكن انسحابه على الحكم الصادر فى دعوى الضمان (ن . ف ٥ فبراير سنة ١٨٧٩ د ٧٩ — ١ — ٥٢)

(٢) وإذا طعنا معاً ثم قبل المضمون الحكم ، أو تنازل عن طعنه ، فانه يكون للضامن أن يمضى فى طعنه مستمسكا فيه بما قدمه هو وبما قدمه مضمونه من أسباب تأييدا لطعنهما (ن . ف ١٢ يوليه سنة ١٨٥٣ د ٥٣ — ١ — ٣٣٤) إنما لا يكون له أن يطلب نقض الحكم فى مصلحة مضمونه ، لقبوله الحكم المطعون فيه (ع . ف ٢٠ يونيه سنة ١٨٥٣ د ٥٣ — ١ — ٢٢٥) وانظر جارسونيه ص ٦٢٢ هامش ١٣

بل يجوز للضامن أن يوجه طعنه للمدعى فى الدعوى الأصلية ، إن كان أخذ على نفسه عبء الدفاع فيها وأخرجت المحكمة مضمونه منها ، لأنه يصبح بذلك خصما للمدعى الأصلى مباشرة . أما إذا بقى مدعى الضمان فى الخصومة وحكم عليه للمدعى فى الدعوى الأصلية وحكم له هو على ضامنه ، فالرأى الراجح أنه يجوز للضامن توجيه الطعن إلى المدعى فى الدعوى الأصلية ، ولو قبل مدعى الضمان الحكم الصادر فيها [1] ، وذلك على اعتبار أن الضامن كان خصما منضما لمضمونه فى الدعوى الأصلية [2] .

---

(١) وقضت محكمة النقض المصرية بأن للضامن كما للمضمون الحق فى الطعن بالنقض فى الحكم القاضى باستحقاق العقار المبيع للغير الصادر فى الدعوى الأصلية . وهذا الحق يعتبر بالنسبة لكل منهما حقا شخصيا قائماً على مصلحة خاصة به ، بحيث لو طعن الضامن بالنقض فى هذا الحكم وقضى برفضه ، فذلك لا يمنع المضمون من تقديم طعن جديد باسمه شخصيا ؛ ولا يشترط لوجود هذا الحق للضامن سوى اتصال الدعوى الأصلية بدعوى الضمان اتصالا وثيقاً لا انفكاك له وكون الضامن قد دافع فى الدعويين معاً (ن . م . م ١٧ أبريل ١٩٣٢ المحاماة س ١٢ رقم ٤٨٥ ومج س ٣٣ رقم ١٨٧ ص ٣٦٦) . على أن محكمة النقض الفرنسية تقضى باخراج المدعى فى الدعوى الأصلية ، سواء أكان الضامن هو الذى وجه له الطعن أو كان قد أدخله مدعى الضمان نفسه حين صار مدعى عليه فى الطعن المرفوع من الضامن ، وذلك متى تبين لها أن الضامن لم يوجه له طلباً ما فلا مصلحة فى بقائه فى الدعوى (ن . ف ٢ يوليه ١٨٧٧ د ٧٨ — ١ — ٥٧ وتعليقات دالوز فقرة ٨٥٩)

(٢) وقد قضى بأن للضامن المقضى عليه بالضمان للمدعى عليه فى الدعوى الأصلية أن يوجه طعنه إلى خصمه هذا وإلى المدعى فى الدعوى الأصلية ، إذا كان هو قد طلب — على الأقل — الحكم برفض دعواه (ن . ف ١٩ أغسطس سنة ١٨٦٨ س ٦٨ — ١ — ٣٨٣) وكذلك قضى بأن لهذا الضامن توجيه الطعن للمدعى الأصلى ، ولو لم يكن قد قضى له عليه هو بشىء ، متى كان الحكم فى الدعوى الأصلية قد صدر فى مواجهته (ن . ف ١٧ نوفبر ١٨٤٠ س ٤٠ — ١ — ٩٣٥) وصورة القضية أن رجلا بصفته وكيلا عن شركة باع لآخر مقداراً من الفحم وتعهد بتوريده له على دفعات . ولما زعمت الشركة أن لا صفة لهذا البائع فى عقد هذه الصفقة عنها ، رفع المشترى دعواه عليهما ، وطلب الحكم بتنفيذ العقد أو إلزام البائع بالتضمينات . فمحكمة الدرجة الأولى أخرجت الشركة من الدعوى وقضت على البائع بالتضمينات معتمدة فى ذلك على أنه قد خرج عن حدود الوكالة ، فاستأنف المحكوم عليه واختصم المحكوم له فى استئنافه ثم أعلن الشركة باعلان مستقل لتسمع الحكم بما عسى أن يحكم به عليه ، واستأنف المحكوم له طالباً تعديل التعويض المحكوم به . وإذ لم تحضر الشركة أمام محكمة الاستئناف قضت هذه المحكمة بتعديل الحكم وألزمت المحكوم عليه بالتضمينات فى مواجهة الشركة ، وحفظت له =

الفصل الرابع

فيمن يجوز إدخاله أو تدخله فى الطعن

٢٧٤ — قد عرفت من يجوز منه الطعن ومن يجب توجيه الطعن إليه ، فلنبين الآن من يجوز له التدخل ومن يجوز إدخاله ، وفى ذلك نقول :

٢٧٥ — **فى القانون الفرنسى** : إن تدخل الانضمام إلى جانب رافع الطعن جائز إذا توافر فى المتدخل شرطان ، زيادة على ما يشترط توافره فى كل طاعن من كونه ذا صفة وذا مصلحة وأهلاً للتقاضى : أولهما ألاّ يكون حقه فى الطعن قد سقط بانقضاء الميعاد الواجب رفعه فيه ، وذلك سدا لذريعة التحيل على القانون بمحاولة التدخل فى الطعن ممن سقط حقه فيه . وثانيهما أن تكون مصلحته هى مصلحة

= الحق فى الرجوع عليها بما قضى عليه به . طعنت الشركة فدفع المحكوم له بأن لا حق لها فى اختصامه لأنه لم يوجه قبلها طلبات ما ولم يحكم له عليها بشىء ، ولأن المحكوم عليه هو الذى أدخلها ضامناً فى الاستئناف الذى رفعه ، فرفضت محكمة النقض هذا الدفع وقالت : إن للشركة مصلحة فى توجيه طعنها إلى المحكوم له حتى إذا نقض الحكم فى حق من وجه لها دعوى الضمان انتقض فى حق المحكوم له ، ويكفى فى صحة هذا التوجيه أن يكون الحكم الصادر للمحكوم له على المحكوم عليه قد صدر فى مواجهة الشركة .

وقضى أيضاً بأن من دعى ضامناً للمدعى عليه فلم يدافع فى الدعوى الأصلية ، لا يجوز له — إذا لم تنعقد بينه وبين المدعى أية خصومة — أن يوجه طعنه فى الحكم الصادر عليه فى دعوى الضمان الفرعية إلى المدعى (ن . ف ١٤ يونيه سنة ١٨٩٣ س ٩٦ — ١ — ٩٢ و د ٩٤ — ١ — ٤٦ وأشير إليه فى جارسونيه فقرة ٣٥٥ هامش ١ وفى تعليقات دالوز فقرة ٨٦٠) . وقضى بأنه إذا تعاقبت دعاوى الضمان فى قضية ، وحكم لكل مضمون على ضامنه ، فعلى الضامن الأخير الذى اعتبر مسئولا فى الدعوى — إذا طعن فى الحكم الصادر عليه — ألا يختصم من حكم له عليه فقط ، بل يكون عليه أن يختصم كذلك مضمونه وجميع الضمان المدخلين المحكوم على كل منهم لمضمونه . بل له أن يدفع فى الطعن بجميع ما يصح الدفع به لاسقاط هذه الأحكام القائم بعضها على بعض ، وبخاصة ما يقتضى الحكم برفض طلبات المدعى فى الدعوى الأصلية (ن . ف ١٩ أغسطس سنة ١٨٦٨ س ٦٨ — ١ — ٣٨٣ و ن . ف ١٣ يناير سنة ١٨٦٩ د ٦٩ — ١ — ١٣٥)

رافع النقض بعينها ، وتتحد المصلحتان فى حالتى عدم التجزئة والتضامن ، وذلك حتى لا يفوت على الخزانة ما يجب على كل طاعن إيداعه من الكفالة عند تقديم الطعن . هذا هو الأصل الذى تقضى به قواعدهم وقد تبيّن لنا أن محكمة النقض بعد أن كانت تشترط فيمن يتدخل أن يكون طرفا فى الحكم المطعون فيه ، كما رأيت ، قد أخذت تقضى بقبول من ترى هى قبول تدخله متى كانت له ظروف استثنائية تبرر عندها هذا التدخل لأول مرة[1] ، على ألا يسمح للمتدخل إلى جانب الطاعن إلاّ بتقديم ماعساه يكون لديه من الملاحظات والتوجيهات القانونية تأييدا للطعن ، و إلاّ باتخاذ الاجراءات التحفظية التى يحفظ بها مركزه فى الخصومة أمام محكمة الإحالة عند الاقتضاء .

وتدخل الانضمام إلى جانب المدعى عليه فى الطعن جائز كذلك لمن كان يجوز لهم التدخل أمام محكمة الاستئناف التى أصدرت الحكم المطعون فيه أو رفع معارضة الشخص الثالث (La tiérce - opposition)[2] .

أما إدخال أحد الخصوم ضامناً ، لم يكن قد أدخله قبل صدور الحكم المطعون فيه ، فغير جائز لما فى ذلك من إقحام خصومة موضوعية جديدة فى الطعن لا تدخل فى وظائف محكمة النقض[3] . وأما إدخال من سبق إدخاله فجائز لما فيه من تحقيق المصلحة التى قام عليها التدخل فى الخصومة الأولى . فواضع اليد على العقار المحكوم له برفض دعوى الاستحقاق المرفوعة عليه ، له أن يدخل فى الطعن المرفوع عليه ضامنَه هو المحكوم له برفض دعوى الضمان الفرعية ، وذلك ليحفظ حقه فى

(١) راجع فى مذهبها الأول ن . ف ٧ ديسمبر سنة ١٨٥٣ (د ٥٤ — ١ — ١٧٧) و ٢ مارس سنة ١٨٧٤ (س ٧٤ — ١ — ٣١١) وفى مذهبها الثانى ٢٥ يونيه سنة ١٨٨٤ (س ٨٥ — ١ — ٢٠١) و ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٣ (س ٩٤ — ١ — ١٣٣) و ٢٢ فبراير سنة ١٨٩٧ (س ٩٧ — ١ — ١٩٨) .

(٢) جارسونيه ٦ ص ٧٥٤ هامش ٤ مع فقرة ١٨٠ و ١٨٥ .

(٣) وجارسونيه فقرة ٤٤٠ وهوامشها ص ٧٥٥

الرجوع على هذا الضامن أمام محكمة الإحالة إذا نقض الحكم المطعون فيه[1] .

٢٧٦ — **فى القانون المصرى** : تلك هى أحكام إدخال الخصوم وتدخلهم أمام محكمة النقض فى فقه القانون الفرنسى . أما الشارع المصرى — فبعد أن بين فى مذكرته الإيضاحية أنه فضل تخويل رافع النقض « الحرية فى تعيين الخصوم الذين يريد إدخالهم لأنه المنهج الأكثر مطابقة لمبادئ قانون المرافعات المصرى — لاحظ أن السير على هذا المذهب قد يمكن أن يكون فيه شىء من المضار بسبب ما يقع من التعسف أو سوء القصد من جانب بعض رافعى النقض ، فإنهم بسبب عدم إعلانهم الطعن إلى بعض الخصوم الذين كانوا فى القضية التى صدر فيها الحكم المطعون فيه قد يضرون بمصالح هؤلاء الخصوم » . فتلافيا لهذا الضرر نص فى المادة ٢٠ على أنه يجوز للمدعى عليه أن يدخل فى الدعوى الخصوم المذكورين ؛ وأباح بنص المادة ٢١ لكل من كان خصما فى القضية التى صدر فيها الحكم المطعون فيه ، ولم يعلنه رافع النقض بالطعن ، أن يتدخل فى الدعوى ليطلب الحكم برفض الطعن .

ولهذا فان أحكام إدخال الخصوم وتدخلهم أمام محكمة النقض فى مصر تتحصل فيما يأتى :

أولاً — لا يجوز لرافع الطعن ، بعد أن يقرر الطعن بقلم الكتاب ويذكر فى تقريره أسماء خصومه الذين يزمع اختصامهم فيه طبقاً للمادتين ١٥ و ١٧ من القانون ، أن يدخل غيرهم . فإن تحققت له مع ذلك مصلحة فى إدخال غير من اختصمهم فليس له — إذا كان الميعاد لا يزال ممتدا ولم يكن قد قبل الحكم المطعون فيه الصادر لهم عليه — إلا أن يرفع عليهم طعناً جديداً يضمه إلى الطعن السابق لتفصل فى الطعنين معاً محكمة النقض والإبرام .

ثانياً — يجوز للمدعى عليه أن يدخل فى الدعوى أى خصم فى القضية لم

(١) جارسونيه بالمرجع المتقدم .

يعلن بالنقض من رافعه (المادة ٢٠) . والمفهوم أنه لا يجوز له أن يدخل فى الدعوى إلا من تقوم مصلحته هو على إدخاله ، إما ليحكم برفض الطعن فى مواجهته وإما لينضم إليه فى طلب الحكم بالرفض كذلك . وإذن فللمدعى عليه أن يدخل من اتحدت مصلحتهم مع مصلحة الطاعن ، كشريكه فى الحق غير القابل للتجزئة وكالمتضامن معه فى هذا الحق ، وذلك تمكيناً له من حسم النزاع فى الدعوى بالحكم برفض الطعن فى مواجهتهم جميعاً . وله أن يدخل كذلك من اتحدت مصلحتهم مع مصلحته لينضموا له فى طلب الحكم برفض الطعن ، وعلى هذا يكون للمحيل وللبائع أن يدخلا المحتال ومشترى الحق المتنازع فيه ، وللمدعى عليه فى الدعوى الأصلية أن يدخل ضامنه فى الطعن ، ولو لم يكن قد حكم عليه فى دعوى الضمان لصدور الحكم برفض الدعوى الأصلية .

ثالثاً — لا يجوز التدخل إلا للانضمام إلى جانب المدعى عليه فى طلب الحكم برفض الطعن ، ويجب أن يكون المتدخل ممن كانوا من الخصوم فى القضية التى صدر فيها الحكم المطعون فيه .

رابعاً — لا يجوز تدخل الانضمام إلى جانب الطاعن فى طلب نقض الحكم . وقد أنصف الشارع فى منع هذا التدخل ، لأن المتدخل على هذه الصورة لا يكون فى الغالب إلا من سقط حقه فى الطعن فيحاول التدخل استدراكا لما فاته من الطعن بنفسه . فعلى من كان حقه فى الطعن محفوظاً ولا يزال ميعاده ممتدا أن يطعن طعناً خاصا به ، وإلا رفض تدخله لو تدخل .

الفصل الخامس

فيمن يستفيد من طعن غيره ومن يحتج عليه بالطعن الموجه إلى غيره

---

٢٧٧ — لا نتناول فى هذا الفصل الكلام عن آثار الحكم الذى تصدره محكمة النقض برفض الطعن أو بنقض الحكم المطعون فيه من جهة حجيته : هل تقتصر هذه الحجية على طرفى الخصومة فقط ، أم تمتد إلى من اتحدت مصلحته ومصلحة الطاعن أو المدعى عليه فى الطعن ؟ فإن الكلام فى ذلك سيكون فى باب آخر . إنما الذى يعنينا أن نتناوله بالبحث فى هذا المقام هو الإجابة على الأسئلة الآتية :

أولاً — إذا تعدد الخصوم فى الدعوى التى صدر فيها الحكم المطعون فيه وقام أحدهم باعلان الحكم لخصم من خصومه ، فهل يترتب على هذا الاعلان أن يعتبر الحكم معلناً من كل من اتحدت مصلحتهم مع مصلحة معلنه ، وأن يعتبر معلنا إلى كل من اتحدت مصلحتهم مع مصلحة من أعلن إليه ؟

ثانياً — وهل يجوز لمن انقضى ميعاد طعنه فى حكم أن يطعن فيه بعد الميعاد ، معتمدا على أن خصما آخر اتحد و إياه فى المصلحة قدم طعنه فى الميعاد ؟

ثالثاً — وهل لمن رفع طعنه على بعض خصومه فى الميعاد أن يقدم طعناً آخر على بعض آخر بعد انقضاء الميعاد ؟

رابعاً — وهل يترتب على عدم صحة الطعن فى حق أحد المدعى عليهم فى الطعن أن يصير الطعن فى حق الباقين منهم غير صحيح كذلك ولو كان صحيحاً فى واقع الأمر ؟

وهذه الأسئلة لا تعرض عند دراسة الطعن بطريق النقض فحسب ، بل تعرض كذلك عند دراسة كل طريق من طرق الطعن فى الأحكام . ولذلك كان من

الفقهاء من عنى بالإجابة عنها فى باب الاستئناف ثم أشار فى الأبواب الخاصة بطرق الطعن الأخرى إلى اتباع ما أجاب به . ومنهم من يجيب عليها فى فصل مستقل قبل الدخول فى تفصيل طرق الطعن فى الأحكام طريقاً طريقاً . وكلهم يقررون أن القاعدة العامة فى المرافعات هى أنه إذا تعدد المدعون أو المدعى عليهم وانفرد أحدهم بالقيام بأى إجراء من إجراءات المرافعات ووجهه إلى أحد خصومه ، فانه هو وحده دون غيره الذى يفيد من هذا الإجراء فائدته القانونية وخصمه هو وحده الذى يحتج عليه بهذا الإجراء كذلك . ثم يبنون على هذه القاعدة قولهم إن آثار إعلان الأحكام والطعن فيها نسبية ، أى خاصة بمن أعلن أو بمن طعن ، فى حق من أُعلِن له الحكم أو وجه إليه الطعن . فإذا تعدد الخصوم فالذى يكون قد أعلن الحكم لخصمه هو الذى يستفيد من إعلانه والذى يكون قد طعن فى الحكم هو الذى يستفيد من طعنه كذلك . أما غيرهما ممن تتحد مصلحتهم مع مصلحة من أعلن الحكم أو من رفع الطعن فلا يستفيد من هذا الاعلان ولا من ذلك الطعن . وقد قالت محكمة النقض الفرنسية « إذا استأنف بعض المحكوم عليهم وفوت البعض الآخر على نفسه استئناف الحكم حتى انقضى الميعاد ثم قضت محكمة الاستئناف بإلغاء الحكم المستأنف ، فإن المستأنفين هم الذين يستفيدون من هذا الحكم ، أما من لم يستأنف فلا يستفيد منه شيئاً ، لأن الحكم الابتدائى — أيا كان ما اعتوره من خطأ فى فهم الواقع فى الدعوى أو فى حكم القانون وتطبيقه — قد صار انتهائيا بالنسبة لهم »[1] . وكذلك قيل إن الاستئناف المرفوع على بعض المحكوم لهم لا يمنع من صيرورة الحكم المستأنف انتهائيا فى حق الآخرين الذين لم يستأنف هذا الحكم عليهم .

وقالت محكمتنا : إن آثار إعلان الأحكام بين الخصوم لا تكون إلا بين من أعلن الحكم ومن أعلن له ، سواء تعدد المحكوم لهم أو المحكوم عليهم (وذلك

(١) ن . ف ٩ فبراير سنة ١٩٠٥ (س ٩٠٧ — ١ — ١٣)

فيما عدا حالة عدم التجزئة أو حالة التضامن المفيدة قانوناً توكيل بعض المتضامنين لبعض فى عمل ما هو من مصلحتهم جميعاً)[1] .

هذا هو أصلهم فى الباب ، ولكنهم قد استثنوا منه — عند كلامهم فى باب الاستئناف — حالات عدم التجزئة والتضامن والضمان :

الاســــــتثناءات

٢٧٨ — حالة عدم التجزئة : قالوا إذا كان موضوع النزاع غير قابل للتجزئة (والمراد بعدم التجزئة عدم التجزئة المطلق الذى يستحيل معه أن يكون لحسم النزاع غير حل واحد بحيث إذا صدر فيه حكمان يخالف أحدهما الآخر استحال تنفيذهما معاً)[2] فكل إجراء يقوم به أحد الشركاء بقصد حفظ نصيبه فى الحق أو صونه يقع — ضرورة عدم التجزئة — لحفظ موضوع النزاع وصونه بجملته . ثم قالوا وعلى ذلك إذا رفع أحد الشركاء طعناً فى الميعاد كان لشركائه أن يستفيدوا من طعنه ، ولو كانوا قد قبلوا الحكم الصادر عليهم أو فوتوا على أنفسهم ميعاد الطعن فيه[3] .

ثم خرجوا عن منطق هذا القول فقرروا أنه إذا رفع الطعن على بعض الشركاء فى الميعاد جاز للطاعن الاحتجاج بطعنه على بعض آخر إذا اختصمهم بعد فوات الميعاد[4] . وقد تنبهت محكمة استئناف لييج (Liège) إلى هذا الخروج فحكمت

(١) ن . م . م ٢٠ يونيه سنة ١٩٣٥ (المحاماة س ١٦ رقم ١١٤ ص ٢٧٥)

(٢) ن . ف ١٤ نوفمبر سنة ١٨٩٢ (س ٩٣ — ١ — ٨٥) وتيسييه ص ٣٠١ وقد قلنا فى مذكرات دروسنا إن موضوع النزاع يعتبر غير قابل للتجزئة كلما كان تنفيذ الحكم الذى يصير حائزاً لقوة الشيء المحكوم به بالنسبة لبعض الخصوم (الذين لم يطعنوا) مستحيلا مع تنفيذ الحكم الذى يصدر بالنسبة للبعض الآخر (الذين طعنوا) بناء على الطعن فى الحكم الأول .

(٣) و (٤) جارسونيه ص ٢٤٤و٢٤٥ وهامش ١٠و١١ فى باب الاستئناف وتيسييه ص ٢٩٩ وهامش ٢ و ٣ فى باب الاستئناف . واقرأ تعليق تيسييه على ن . ف ٤ فبراير سنة ١٨٩٥ (س ٩٥ — ١ — ٤٠١) وع . ف ١٥ أبريل سنة ١٩٠٢ (س ٩٠٢ — ١ — ٣١٦) و ن . ف ٩ فبراير سنة ١٩٠٦ (س ٩٠٧ — ١ — ١٣) و٣ ديسمبر =

بأنه إذا أصبح الحكم انتهائيا فى حق بعض المحكوم لهم وجب الحكم بعدم قبول الاستئناف المرفوع صحيحاً على شركائهم . وحجتها أن حق الأولين قد استقر بصيرورة الحكم انتهائيا فى حقهم ، أما حق المستأنف فى كسب الاستئناف الذى رفعه صحيحاً فى الميعاد على الآخرين فليس فى الواقع إلا مجرد أمل ، ولا شك أن جانب الحق المستقر أولى بالمراعاة من مجرد الأمل[١] .

وقد توسط شيفو فرأى أنه إذا كان لأحد الشركاء أن يستفيد من استئناف شركائه المرفوع فى الميعاد ، فإن سقوط حقه فى استئنافه قبل رفع الاستئناف من غيره يسقط حق الباقين[٢] . ويرى تيسييه وجوب التقيد بنسبية الأثر المترتب على أعمال المرافعات وعدم الخروج عنها حتى فى حالة عدم التجزئة[٣] .

٢٧٩ — حالة التضامن[٤] : ويقول بعض الفقهاء ، وقد تابعهم القضاء فى

= سنة ١٩٢٣ (س ٩٢٤ — ١ — ٣٥٧) و ٢٥ مارس سنة ١٩٢٨ (س ٩ — ١ — ١٧٢) ومن المهم أن ننبه ، كما نبه تيسييه ، إلى أنه لا يترتب على ما جاء بالمتن أن الحكم المطعون فيه بالاستئناف إذا ألغى فى حق من رفع عليه الاستئناف يعتبر ملغى كذلك فى حق من لم يرفع الاستئناف عليه ، خروجاً على ما تقضى به قواعد حجية الشيء المحكوم به من وجوب قصر أثر الحكم على من صدر بينهم ، بل المعنى فيه أنه يصح اختصام من لم يرفع عليه الاستئناف فى الميعاد حتى يصدر الحكم بمواجهته مع غيره ممن رفع عليه الاستئناف فى الميعاد توحيداً للقضاء فى الدعوى . ولهذا يقول تيسييه إن المحاكم الفرنسية تحتم اختصام هؤلاء وتقضى بعدم قبول الاستئناف المرفوع على أولئك وحدهم (تيسييه ص ٣٠٠ وبهامش ١ الأحكام المؤيدة لهذا القول : منها ع . ف ٤ يناير سنة ١٨٥٣ د ٥٤ — ٥ — ٢٩ و ن . ف ٢ أبريل سنة ١٨٧٢ د ٧٢ — ١ — ٤٢٢ وع . ف ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٠٥ د ٩٠٦ — ١ — ٣١٠ وس ٩٠٩ — ١ — ٣٧٠ و ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٢٢ د ١٩٢٢ — ١ — ١٦٣ و ٢٣ يناير سنة ١٩٢٤ د ٩٢٤ — ١ — ١٨٩ و س ٩٢٧ — ١ — ٢٨٤)

(١) وحكم محكمة لييج فى ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٢٧ (الموسوعات البلجيكية جـ ١ ص ٢٧٣ رقم ٤٩)

(٢) شيفو على كاريه (المسألة ١٥٦٥)

(٣) تيسييه ص ٣٠٠ وتعليقه على حكم ٤ فبراير سنة ١٨٩٥ (س ٩٥ — ١ — ٤٠١)

(٤) تيسييه فقرة ٨٦٩ وهوامشها ص ٣٠٢ وما بعدها ، وجارسونيه ص ٢٤٥ و ٢٤٦ وهامش ١٢ و ١٣ و ١٤

قولهم[١]، إن أحكام الالتزامات التضامنية الواردة فى القانون المدنى تقوم كلها على تقدير نوع نيابة متبادلة بين المدينين المتضامنين[٢]، مقتضاها أن الواحد منهم متى طولب وحده بالدين انتصب خصما عن الباقين فيما كان لهم جميعاً من وجوه الدفاع العامة المتعلقة بأسباب بطلان الدين أو انقضائه ، وكان الحكم الصادر له أو عليه حكما لهم أو عليهم كذلك[٣]. فإن طولبوا جميعاً بالدين — فعلى الرغم من أن اختصام كل منهم وحضوره فى الخصومة عن نفسه كان من شأنه أن ينفى قيام تلك النيابة المفترضة بينهم فيما يجريه أو يعمله كل منهم من الاجراءات عن نفسه ويوجب على كل منهم كذلك السعى فى فسخ الحكم عنه بالطعن فيه فى الميعاد — فقد جرى القضاء الفرنسى مع ذلك على الأخذ بقاعدة هذه النيابة ، بعد أن قصر العمل بها على الأعمال والإجراءات التى يقوم بها أحدهم وتعود عليهم جميعاً بالحظ والمصلحة[٤]، فقضى بأن الاستئناف المرفوع من أحدهم فى الميعاد يستفيد منه من سقط حقه فى الاستئناف بفوات الميعاد[٥]. ولكنه قضى من ناحية أخرى بأن قبول بعض الأخصام للحكم لا يصح الاحتجاج به على غيرهم[٦].

ثم أخذت محكمة النقض تشترط لهذه الاستفادة أن يتدخل الذى سقط حقه فى الاستئناف لفوات الميعاد فى الاستئناف المرفوع من زملائه ، فقالت فى

(١) ن . ف ٢٨ ديسمبر سنة ١٨٨١ (س ٨٣ — ١ — ٤٦٥) وأول ديسمبر سنة ١٨٨٥ (س ٨٦ — ١ — ٥٥) و ٢٥ مارس ١٩٠٢ (س ٩٠٣ — ١ — ٤٨٤)

(٢) اقرأ فى نشأة هذه النظرية وفى نقد مذاهب الفقهاء فيها تعليقاً قيما لتيسييه على حكم ١٦ ديسمبر سنة ١٨٩١ (س ٩٣ — ١ — ٨١)

(٣) تيسييه فقرة ٨٦٩ ص ٣٠٢ وهوامشها و ن . ف ١٥ يناير سنة ١٨٧٣ (س ٧٣ — ١ — ٨٢) وتعليق تيسييه عليه .

(٤) ن . ف ١٦ ديسمبر سنة ١٨٩١ (س ٩٣ — ١ — ٨١) وتعليق تيسييه عليه .

(٥) ع . ف ١٠ نوفبر سنة ١٨٩٠ (س ٩١ — ١ — ٢٤١) و ن . ف ١٤ نوفبر سنة ١٩٠٠ (س ٩٠٢ — ١ — ٢٦٥) ويرى بودرى هذا الرأى ولكنه يقيمه لا على أساس النيابة المتبادلة التى افترضها بعض الفقهاء واختلفوا فى نتائجها ، أتكون فى قطع التقادم وإثبات التقصير وإعذار المدين أم تكون فى ذلك وفى غيره ، بل علل مذهبه بطبيعة الشركة فى الدين المكفول وتوحد مصلحة المدينين فيه (بودرى فى التعهدات جـ ٢ فقرة ١٢٣٥)

(٦) ن . ف ٢٦ أكتوبر سنة ١٨٩٨ (س ٩٩ — ١ — ٤٤١)

حكم أصدرته فى أول مايو سنة ١٩٠١[1] : « إنه إذا صح افتراض قيام النيابة المتبادلة بين المدينين المتضامنين عند مطالبتهم بالدين منفردين بعضهم عن بعض ، فلا محل لتقديرها إذا جمعتهم المطالبة بالدين فى قضية واحدة وصدر عليهم الحكم ، إذ ينبغى فى هذه الصورة أن يسعى كل منهم فى التظلم من الحكم بجميع ما له من طرق الطعن القانونية أو أن يتدخل على الأقل فيما سار فيه غيره من هذه الطرق فى الميعاد . فان لم يتظلم أو يتدخل فإنه يجب اعتباره راضياً بالحكم ، واعتبار الحكم فى حقه حائزا قوة الشىء المحكوم به نهائيا ؛ وهـذا الاعتبار لا يمنع من القضاء بالغاء الحكم المتظلم منه أو تعديله فى حق من طعن فيه فى الميعاد » .

فإن لم يتدخل ذلك الذى سقط حقه فى الاستئناف بفوات الميعاد أو بقبول الحكم فلا يحتج بهذا السقوط ولا بهذا القبول على من استأنف منهم ، وإذا صدر الحكم لمصلحة المستأنفين ، فلا وجه له فى الاستفادة من هذا الحكم بل يبقى لكل من الحكمين حجيته بين خصوم الدعوى فقط . ففى قضية كان حكم فيها على مدينين متضامنين فرفع بعضهم معارضة ثم استئنافا قضى فيهما بعدم قبولهما لرفعهما بعد الميعاد ، ثم حاولوا الاستفادة من حكم آخر صدر فى مصلحة الباقين — فى هذه القضية صرحت محكمة النقض فى أسباب حكمها المؤرخ فى ٢٧ نوفمبر سنة ١٨٩٣[2] بأن تلك النيابة التى يفترض قيامها بين المدينين المتضامنين ينبغى أن ينتهى الاعتماد عليها متى انفرد أحدهم بالعمل لمصلحة نفسه وحبط عمله وصار الحكم الصادر عليه انتهائيا ، وبأنه بناء على ذلك لا يحق لمن قضى نهائيا بعدم

(١) (س ٩٠٢ — ١ — ٤٣٣ وتعليق لاكوست) وتيسيه ص ٣٠٤ وهامش ٣

(٢) ن . ف ٢٧ نوفمبر سنة ١٨٩٣ (س ٩٤ — ١ — ٢٣٣) ويقول تيسيه فى التعليق عليه إن القضاء كان يجرى على جواز القول باستفادة من لم يكن قد رفع استئنافاً ما من الاستئناف المرفوع من غيره ، فالتفرقة بين هذه الصورة والصورة التى صدر فيها حكم النقض هى تفرقة دقيقة وربما كانت غير مفهومة ، لأن الحكم فى الصورتين قد اكتسب قوة الشىء المحكوم به ، ولأن منطق ظروفهما ليكذب قيام هذه النيابة المتبادلة بين من كان بعضهم يقوم بالعمل منفرداً عن غيره .

قبول معارضته أو استئنافه لرفعهما بعد الميعاد أن يحتج بما صدر بعد ذلك من أحكام لمصلحة الباقين من زملائه .

أما إذا كان الحكم صادراً للمدينين المتضامنين ، فالدائرة المدنية تقضى بأن الاستئناف المرفوع من الدائن على أحدهم لا يمكن الاحتجاج به على غيره ممن أصبح الحكم المستأنف فى حقه انتهائيا لا يجوز للدائن استئنافه قبله ، ذاهبة فى ذلك إلى عدم جواز أخذ المدينين المتضامنين بقاعدة النيابة المتبادلة فى الصور التى تعود عليهم بالضرر [1] . أما دائرة العرائض فقد جرت على القضاء بأن قيام أحد المدينين المتضامنين باعلان الحكم الصادر لمصلحتهم جميعاً للدائن يجرى ميعاد الطعن عليه فى حقهم جميعاً ويجعل الحكم انتهائيا بالنسبة إليهم ، وذلك أخذا بقاعدة النيابة المتبادلة المفترض تطبيقها كلما عاد هذا التطبيق عليهم بالحظ والمصلحة [2] .

وقد رأى موريل فى خاتمة تحليله لقضاء محكمة النقض أن الأفقه لديه هو الأخذ بنسبية آثار إعلان الاحكام والطعن فيها إلاّ فى حالة عدم التجزئة ، وأنه من المتيسر تلافى ما يحتمل وقوعه من التناقض فى الأحكام باتباع قواعد الإدخال الجبرى [3] .

٢٨٠ — حالة الضمان الفرعى [4] : وكذلك قد أجاز الفقه والقضاء الفرنسى للمدعى عليه فى الدعوى الأصلية ، ولضامنه ، أن يستفيد كل منهما من طعن صاحبه وأن يرفع كل منهما طعنه كذلك ولو كان قد فوّت على نفسه ميعاد الطعن

(١) ن . ف ١٠ ديسمبر سنة ١٨٩١ (د ٩٢ — ١ — ١٧٧ وتعليق كوهندى) ويقول تيسييه إن الأخذ بقاعدة النيابة المتبادلة كان يقتضى أن يقضى فى صورة الدعوى بعدم قبول هذا الاستئناف ، لأن قيام بعض المدعى عليهم المحكوم لمصلحتهم باعلان الحكم للدائن ، كان يصح اعتباره أنه قد حصل منهم جميعاً ، أى كما رأته دائرة العرائض .

(٢) ع . ف ٢٨ يونيه سنة ١٩٢٨ (جازيت دى باليه ٩٢٨ — ١ — ٤٣٥) وتيسييه ص ٣٠٣ وهامش ٢ ص ٣٠٥

(٣) تيسييه ص ٣٠٦

(٤) تيسييه فقرة ٨٧٠ وهوامشها ص ٣٠٧ وما بعدها وجارسونيه فقرة ١٣٨ فى باب الاستئناف .

أو كان قبل الحكم . إنما يشترط لذلك أن تكون دعوى الضمان قد ارتبطت بالدعوى الأصلية ارتباطاً وثيقاً لا انفكاك له ، بحيث يصبح الطعن الذى وجهه الضامن إلى الحكم الصادر عليه فى الدعوى الفرعية موجهاً كذلك إلى الحكم الصادر فى الدعوى الأصلية[١] . أما إذا اقتصر طعن الضامن على المنازعة فى مسئوليته بالضمان ، فلا يستطيع المضمون الاستفادة من هذا الطعن ، ويكون عليه أن يرفع طعناً خاصا يوجهه إلى المدعى فى الدعوى الأصلية[٢] .

٢٨١ — *محل هذه الاستثناءات فى الفقه المصرى* : وإذ أجاز القانون الفرنسى التدخل إلى جانب الطاعن أمام دائرة العرائض والتدخل إلى جانب الطاعن وإلى جانب المدعى عليه فى الطعن ، فقد سنحت الفرص الكثيرة لهؤلاء المتدخلين وخصومهم أمام محكمة النقض لمناقشة بعضهم بعضا فيما إذا كان يجوز لمن لم يرفع طعناً أن يستفيد من طعن غيره ، وفيما إذا كان يجوز لمن رفع طعنه على بعض خصومه فى الميعاد أن يحتج به على غيرهم ، وتهيأت الفرص الكثيرة لمحكمة النقض الفرنسية لتقول كلمتها فى مختلف هذه الصور كما رأيت .

أما والذى يجيزه القانون المصرى هو تدخل الانضمام إلى جانب المدعى عليه لطلب الحكم برفض الطعن ، فستعرض فرص الادعاء بالاستفادة من طعن الغير والاحتجاج بالطعن المرفوع على الغير فى الأحوال الآتية :

أولاً — إذا كان الحكم المطعون فيه قد صدر على شركاء فى حق غير قابل للتجزئة ، أو على متضامنين ، وكان بعضهم هو الذى رفع الطعن على خصومه وأدخل زملاءه ليصدر الحكم فى مواجهتهم .

---

(١) ن . م . م ١٧ أبريل سنة ١٩٣٢ (المحاماة س ١٢ رقم ٤٨٥) وقد جاء به : « على أن قبول المضمون للحكم الصادر فى الدعوى الأصلية مفروض تعليقه على قبول الضامن لهذا الحكم » .

(٢) تيسيه ص ٣١٠ فى باب الاستئناف و ص ٤٥٩ فى باب النقض .

ثانياً — إذا رفع الباقون من زملاء الطاعن طعناً آخر بعد الميعاد وأمرت المحكمة بضمه إلى الطعن الأول .

ثالثاً — إذا صدر الحكم للشركاء أو للمدينين المتضامنين ، وكان خصمهم هو الذى رفع الطعن ووجهه إلى بعضهم ، وأدخل المدعى عليه فى الطعن الباقين منهم بعد فوات الميعاد بالنسبة لهم ، أو تدخل هؤلاء من تلقاء أنفسهم بعد انقضاء الميعاد كذلك ليطلبوا جميعاً رفض الطعن .

رابعاً — فى صور الطعن فى الدعوى الأصلية ودعوى الضمان السابقة الإشارة إليها .

فى جميع هذه الصور يصح التساؤل عمن يستفيد من طعن غيره ، وعمن يحتج عليه بالطعن المرفوع على غيره ؟ والجواب عندنا أن الطعن الذى يرفعه أحد الشركاء فى حق لايقبل التجزئة ، أو الذى يرفعه أحد المدينين المتضامنين فى الميعاد يستفيد منه غيره من شركائه أو زملائه ممن يكون قد سقط حقهم فى الطعن بانقضاء الميعاد أو بقبول الحكم ، متى كان هذا الحكم صادراً عليهم فى دفع عام يتعلق بأصل الدين ، وكان يجوز لكل منهم الدفع به . ولا نقول فى تعليل هذه الاستفادة إن من رفع الطعن عن نفسه يمكن اعتباره نائباً فيه عن زملائه ، تلك النيابة المتبادلة التى قدرها بعض الفقهاء فى إعلان الأحكام ورفع الطعون ، لأن هؤلاء ما كانوا يستطيعون بعد أن انقضى الميعاد بالنسبة لهم أن يرفعوا الطعن بأنفسهم ، فغيرهم لا يستطيع رفعه بالنيابة عنهم من باب أولى (وهذا على الأقل فى صورة رفع الطعن بعد سقوط حقهم) . وإنما نعلله بطبيعة النزاع الذى لا يقبل إلا أن يكون الحكم فيه واحداً فى حق الكل .

أما إذا كان الحكم صادراً لمصلحة الشركاء أو المدينين المتضامنين ، وكان أحدهم هو الذى أعلن الحكم لخصمهم ، فلا يجوز لهذا الخصم إذا رفع طعنه على غير من أعلن له الحكم أن يدعى أنه برفعه الطعن ضد هؤلاء فى الميعاد يجوز له

أن يحتج بطعنه على غيرهم ممن سقط حقه فى الطعن بالنسبة لهم لفوات الميعاد — نعم لايجوز له ذلك ، بل يجوز للمدعى عليهم فى الطعن أن يستفيدوا من قيام زميلهم باعلان الحكم الصادر لمصلحتهم جميعاً للطاعن وأن يحتجوا عليه بسقوط حقه فى الطعن بالنسبة لهم جميعاً لانقضاء الميعاد ، وذلك ترجيحاً لحق من صار الحكم بالنسبة له غير مقبول الطعن فيه على ما للطاعن من مجرد الأمل فى كسب طعنه الذى وجهه لغيره . نقول ذلك آخذين فيه بمذهب القضاء البلجيكى ، و بما قضت به محكمة النقض الفرنسية أخيراً (١)

أما فى حالات الضمان ، فكذلك نرى أن لكل من الضامن ومدعى الضمان أن يستفيد من الطعن الذى يرفعه أحدهما على المدعى الأصلى ، كما يجوز لكل منهما أن يرفع طعنه بعد الميعاد إذا كان الآخر قد رفع طعنه فى الميعاد . و إنما نشترط لذلك أن تكون دعوى الضمان مرتبطة بالدعوى الأصلية ارتباطاً من شأنه أن يكون الطعن المرفوع من الضامن بحيث يطرح موضوع الدعوى الأصلية التى رفعها صاحبها على مدعى الضمان(٢)

---

(١) ن . ف ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٨ (د ٩١٣ — ١ — ٨٩ وتعليق ديبارك Duparcq و س ٩١٠ — ١ — ٨١)

(٢) ن . م . م ٧ أبريل سنة ١٩٣٢ (المحاماة س ١٢ رقم ٤٨٥)

الباب الرابع

فى رفع الطعن وآثاره

الفصل الأول

فى إجراءات رفع الطعن وتحضيره وتحقيقه

إجمال هذه الإجراءات

٢٨٢ — **فى القانون الفرنسى** : إجراءات رفع الطعن وتحضيره بين الخصوم وتقديمه للجلسة والحكم فيه تحكمها فى النظام الفرنسى لائحة ١٧٣٨ (المنظمة لمجلس الملك الذى حلت محله محكمة النقض) والأوامر العالية الصادرة فى ٢٧ نوفمبر — أول ديسمبر سنة ١٧٩٠ وفى ٢ بريمور سنة ٤ وقانون ٣٠ فنتوز سنة ١٢ وقانون ١٥ يناير سنة ١٨٢٦ . والقاعدة العامة فى هذه الاجراءات أنها إجراءات كتابية كما سترى تفصيله فى هذا الفصل .

أما فى النظام البلجيكى فهذه الإجراءات كان يحكمها ويفصلها قانون ١٥ مارس سنة ١٨١٥ [١] ، ثم صار يحكمها قانون ٢٥ فبراير سنة ١٩٢٥ [٢] .

فى القانون المصرى : لاحظ مشرعنا أن وظيفة محكمة النقض الأساسية تنحصر فى نظر الطعون التى ترفع لها فى الأحكام المبنية على مخالفة للقانون أو على خطأ فى تطبيقه أو فى تأويله أو على بطلان جوهرى فى الحكم أو فى الإجراءات ،

---

(١) نشره شويفن فى كتابه ص ٨٤٠ وما بعدها . ونظن أن قانوننا مقتبس منه .

(٢) راجع فى تفصيل ذلك سيمونيه من ص ٧٤ إلى ص ٩٨

وأن بحثها فى هذه الطعون يكون من قبل ما اشتملت عليه من المسائل القانونية ، مجردة عما لابسها من وقائع القضايا ، ثم لاحظ أن المحامين المقبولين للمرافعة أمامها هم — بما توافر لهم من خبرة ومرانة وطول عهد بالمحاماة — جديرون بالاضطلاع بما يفرضه القانون على موكليهم من الواجبات . لاحظ المشرع هذا وما إليه فوضع لتقديم الطعون وتحضيرها وتحقيقها بين الخصوم نظاماً يتفق — كما يقول فى المذكرة الإيضاحية — مع طبيعة المهمة التى نيطت محكمة النقض بالقيام بها ومع نوع عمل تلك المحكمة ، فكان نظاماً بسيطاً يتلخص :

أولاً — فى إيداع طالب النقض كفالة ، رؤى أنه من المفيد أن تكون حداً للطعون التى قد ترفع بدون تروٍّ .

ثانياً — فى تقرير بالطعن يحرر بقلم كتاب محكمة النقض ، ويوقعه المحامى الموكل عن الطاعن ، ويشتمل — زيادة على البيانات العامة المتعلقة بأسماء الخصوم وصفاتهم ومحال إقامتهم — على بيان الحكم المطعون فيه وتاريخه وتفصيل الأسباب التى بنى عليها الطعن (المادة ١٥) .

ثالثاً — فى تبليغ محامى الطاعن هذا الطعن إلى خصومه بورقة من أوراق المحضرين تعلن لهم بالأوضاع العادية (المادة ١٧) .

رابعاً — فى إيداع محامى الطاعن قلم الكتاب مذكرة كتابية بشرح أسباب الطعن المفصلة فى التقرير وصورتين مطابقتين لأصل الحكم المطعون فيه والمستندات المؤيدة للطعن (المادة ١٩) .

خامساً — فى إيداع محامى المدعى عليهم مذكرة بدفاعهم مشفوعة بالمستندات (المادة ١٩) .

سادساً — فى إعلان المدعى عليه فى الطعن أى خصم كان فى القضية التى صدر فيها الحكم المطعون فيه ولم يعلنه رافع الطعن ويرى هو وجوب إدخاله (المادة ٢٠) ، وفى تقديم هذا الخصم الذى أدخل مذكرة كتابية بدفاعه مع

ما يرى لزوماً لتقديمه من المستندات .

سابعاً — فى الترخيص لمن كان خصما فى القضية التى صدر فيها الحكم المطعون فيه ولم يعلنه رافع النقض بالطعن ، بالدخول فى دعوى النقض بايداعه مذكرة كتابية (الفقرة الأولى من المادة ٢١) .

ثامناً — فى إرسال أوراق القضية إلى النيابة العامة لتضيف إليها مذكرة كتابية بأقوالها (المادة ٢٤) .

تاسعاً — فى إخطار قلم الكتاب محامى الخصوم بتاريخ الجلسة التى يحددها رئيس المحكمة وفى تعليق جدول الجلسة بقلم الكتاب قبلها بخمسة عشر يوما .

عاشراً — فى إبداء الملاحظات الشفوية بالجلسة أمام المحكمة .

والذى جمع هذه الاجراءات فى سلك هذا النظام هو كونها كتابية ، وأن الشارع قد أوجب على محامى الخصوم القيام بها فى قلم الكتاب : فتقرير الطعن يحرره كاتب المحكمة على لسان محامى الطاعن ، والمذكرات والمستندات التى تودع قلم الكتاب يوقعها محامو الخصوم . ولهذا كانت العبرة فى حضور الخصوم وغيابهم إنما هى بايداع المذكرات والمستندات بقلم الكتاب ، فيعتبر الطاعن حاضراً بمجرد توقيع محاميه تقرير الطعن بقلم الكتاب سواء أحضر بعد ذلك هو ومحاميه بالجلسة أم لم يحضرا ، وكذلك يعتبر المدعى عليه حاضراً بمجرد إيداع محاميه مذكرة بدفاعه سواء أحضر بعد ذلك هو ومحاميه أم لم يحضرا . ولهذا أيضاً نصت المادة ٢٦ من القانون على أن لا يؤذن للخصوم « فى أن يحضروا شخصيا أمام محكمة النقض من غير محام معهم . وليس للخصوم الذين لم يودع باسمهم مذكرة كتابية الحق فى أن ينيبوا عنهم محاميا فى الجلسة . ولا يجوز إبداء أسباب شفوية فى الجلسة غير الأسباب التى أدلى بها الخصوم فى المذكرات الكتابية المودعة فى القضية ، فإذا لم يحضر محامون بالجلسة يفصل فى القضية بموجب الأوراق الكتابية » .

تفصيل هذه الإجراءات

الفرع الأول

فى الكفالة وإيداعها

٢٨٣ — فى القانون الفرنسى : قد أوجبت المادة الخامسة[١] من الباب الرابع من الكتاب الأول من لائحة سنة ١٧٣٨ (المعمول بها للآن) على طالب النقض أن يودع لدى أحد محصلى رسوم القيد مائة وخمسين فرنكا إذا كان الحكم المطلوب نقضه حضوريا ، وخمسة وسبعين فرنكا إذا كان غيابيا[٢] ، وأن يلحق الوصل الذى يعطاه بعريضة الطعن حين إيداعها بقلم كتاب محكمة النقض ، وإلاّ فلا تقبل عريضة طعنه . وقد دل هذا النص عندهم على أن إيداع المبلغ على هذه الصورة وإرفاق سند الإيداع بعريضة الطعن كلاهما معتبر من الإجراءات الجوهرية التى يترتب على عدم مراعاتها قضاء المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبول الطعن شكلا[٣] .

٢٨٤ — فى القانون المصرى : وقد نقل شارعنا حكم هذه المادة إلى المادة السادسة عشرة من قانون إنشاء محكمة النقض ، فأوجب على الطاعن فى الفقرة الأولى

(١) نشر نصها فى ربرتوار دالوز ص ٦ بالهامش .

(٢) هذا المبلغ هو قيمة الغرامة التى تحكم بها دائرة العرائض عند الحكم بعدم قبول الطعن ، أما الغرامة التى تحكم بها الدائرة المدنية فهى ضعفا هذا المبلغ . ثم أضيف إلى المبلغ الواجب إيداعه عشره ونصف عشره ، وبذلك صار ما يجب إيداعه هو ١٨٧٫٥ ف أو ٩٣٫٧٥ ف وما يجب أن تحكم به المحكمة المدنية ٣٧٥ ف أو ١٨٧٫٥ ف (فاى فقرة ١٩٠ ص ٢١١) .

(٣) فاى فقرة ١٩٥ ص ٢١٧ — ٢١٨ وتيسييه ص ٥٠٣ و ن . ف ١٥ فبراير سنة ١٨٤١ (وقد أشير إليه فى ربرتوار دالوز فقرة ٦٤٨) و ن . ف ٥ مارس سنة ١٩١٨ (د ٩١٨ — ١ — ٩٥ وتعليق L. S.) وع . ف ٢ يناير سنة ١٩٢٣ (د ٩٢٣ — ١ — ١٣٧)

منها أن يودع ألف قرش إذا كان الحكم المطعون فيه صادراً من محكمة استئناف ، وخمسمائة قرش إذا كان صادراً من محكمة ابتدائية أو جزئية ، بصفة كفالة يحكم بمصادرتها إذا قضى برفض الطعن أو بعدم قبوله ، منوهاً فى المذكرة الإيضاحية بأن « المقصود من هذا الإيداع هو وضع حد للطعون التى قد ترفع بدون ترو » . ثم أوجب على قلم الكتاب فى الفقرة الثانية ألا يقبل تقريراً من طاعن إذا لم يصحب بإيداع هذه الكفالة .

وفى آخر سنة ١٩٣٢ اقترح المرحوم الأستاذ مرسى محمود عضو مجلس الشيوخ — فيما اقترحه — تنقيص مبلغ الكفالة[1] ، فاستطلع وزير الحقانية رأى محكمة النقض والنائب العمومى ثم أجاب رئيس مجلس الشيوخ بأنه يرى أن تحديد الكفالة كما هو منصوص عليه بالمادة السادسة عشرة السابقة الذكر إنما أريد به وضع حد للطعون التى ترفع بدون بحث أو ترو . ولما أحيل نظر الاقتراح على لجنة الحقانية قالت فى تقريرها : إن الكفالة غير مبالغ فيها وإنها فوق ذلك يجب أن تكون مرتفعة نوعا حتى يمكن أن تحول دون الطعون غير الجدية والتى ترفع بدون بحث أو ترو . ولهذا لم تقر الاقتراح ، ولكنها استبدلت بما جاء بالمادة ١٦ من عبارة « ويودع كفالة قدرها ألف قرش » عبارة « يودع بقلم الكتاب بصفة كفالة مبلغ ألف قرش » واستبدلت بعبارة « إذا لم يصحبه إيداع الكفالة » عبارة « إذا لم يصحب بما يدل على هذا الايداع » . وبهذا التعديل صدر قانون ١٠ يوليه سنة ١٩٣٣ ونشر بالوقائع الرسمية فى ١٧ يوليه سنة ١٩٣٣ وصار نص المادة ١٦ هكذا :

« ويجب على الطاعن أن يودع فى قلم الكتاب بصفة كفالة مبلغ ألف قرش

(١) قد ألغى قانون ٣١ مارس سنة ١٨٦٦ فى بلجيكا المادة الخامسة من قانون ١٠ مارس سنة ١٨١٦ التى كانت توجب إيداع كفالة ، وبهذا أصبحت الطعون تقدم فى بلجيكا بغير كفالة (نشر هذا القانون فى شويفن ص ٨٧٥ — ٨٧٦)

إذا كان الحكم صادرا من محكمة استئناف ، أو خمسمائة قرش إذا كان الحكم صادرا من محكمة ابتدائية أو جزئية » .

« ولا يقبل قلم الكتاب تقريراً بالطعن إذا لم يصحب بما يدل على هذا الايداع »[١] .

٢٨٥ — وهذا النص يدل كذلك على أن إيداع مبلغ الكفالة بقلم كتاب محكمة النقض ، قبل تقرير الطعن وفى الميعاد الذى يجب رفع الطعن فيه ، هو من الإجراءات الجوهرية التى تجب مراعاتها ، و إلا حكمت المحكمة بعدم قبول الطعن شكلا . و إذن فلا يجوز لراغب فى الطعن أن يودع الكفالة فى إحدى خزائن الحكومة و يقدم سند الايداع لقلم كتاب محكمة النقض ، أو يودع أقل مما يجب عليه إيداعه حين تعدد الكفالات ، أو يستدرك ما وقع فيه من خطأ أو نقص فى الايداع إلا فى الميعاد المضروب لرفع الطعن ، و إلا كان طعنه غير مقبول .

٢٨٦ — والكفالة واجبة على كل طاعن ، فردا أو مصلحة عامة أو وزارة أو جمعية خيرية[٢] . إنما يصح للجنة المساعدة القضائية المشكلة بمقتضى المادة ٥٦ من الأمر العالى الصادر فى ٧ أكتوبر سنة ١٨٩٧ الخاص بالرسوم القضائية فى المحاكم الأهلية ، المعدلة بمقتضى المادة ٤٤ من قانون محكمة النقض ، أن تعفى الفقير من إيداع الكفالة كما تعفيه من المصاريف ، متى رجحت احتمال كسب الدعوى . وقد قالت فى ذلك دائرتنا الجنائية فى حكمها المؤرخ فى ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٣٢[٣] : « إن القرار الذى تصدره لجنة المساعدة القضائيـة بإعفاء طاعن من رسوم محكمة النقض ينسحب أيضاً على الكفالة المنصوص عليها فى المادة ٣٦ من قانون إنشاء

(١) ونقل حكم المصادرة إلى المادة ٣٠ حيث عدلت بما يفيد جواز الحكم بمصادرة مبلغ الكفالة كله أو بعضه (راجع نص المادة ٣٠ المعدلة بقانون ١٠ يوليه سنة ١٩٣٣)

(٢) القانون الفرنسى يعفى المصالح العامة والمؤسسات الخيرية من إيداع الكفالة (جارسونيه ص ٧٠٩ هامش ٨ و ٩ و ١٠ وتيسييه فقرة ٩٦٥ ص ٥٠٣)

(٣) مجموعة القواعد القانونية جـ ٣ رقم ٣٢ ص ٢٧٠

محكمة النقض (الخاصة بالنقض فى المواد الجنائية) . ولا يمنع من ذلك عدم ذكر الـكفالة بالذات ضمن صنوف الأعباء المالية التى نصت المادة ٥٣ من الأمر العالى الصادر فى ٧ أكتوبر سنة ١٨٩٧ على إعفاء الفقراء منها ، فان الـكفالة فضلا عن أنها لم يكن لها وجود فى ذلك الوقت ، فان الأحوال التى عددتها تلك المادة وأجازت بشأنها الإعفاء لم تذكر على سبيل الحصر ، وهى على تنوعها تدل على أن غرض الشارع إنما هو عدم تكبيد الفقير دفع أى مبلغ كان مما تستلزمه إجراءات الدعوى لحين الفصل فيها »[1] و[2] .

٢٨٧ — *متى تتعدد الكفالة*؟ والأصل أنه إذا تعددت الطعون وجب إيداع كفالة لـكل طعن ، ولو كان التقرير واحدا . ويعتبر الطعن متعدداً إما لتعدد الطاعنين أو تعدد الأحكام المطعون فيها ، ومحكمة النقض هى وحدها صاحبة القول الفصل فى ذلك . وللفقهاء الفرنسيين قواعد استقوها من أحكام محكمتهم العليا فقالوا :

إذا كان الطاعن واحداً والحكم المطعون فيه واحداً فالـكفالة واحدة ، ولو تعدد المدعى عليهم واختلفت مصالحهم وكان قد قضى على الطاعن لـكل منهم بشىء متميز عما قضى به لغيره[3] . وإذا طعن إنسان فى جزء من حكم ثم رفع طعناً آخر فى جزء آخر منه فى الميعاد فليس عليه إلا كفالة واحدة[4] .

فإذا كان الطاعن واحداً وتعددت الأحكام المطعون فيها ، وكانت هذه

---

(١) ومع أن لائحة ١٧٣٨ لم تنص على إعفاء الفقير من الـكفالة ، فإن العمل جرى فى فرنسا على إعفائه حتى نص عليه فى المادة الأولى من قانون ٨ يوليه سنة ١٧٩٣ ثم فى المادة ١٧ من قانون ٢٨ برعور سنة ٤ ثم فى المادة الأولى من قانون ١٤ برعور سنة ٥ (جارسونيه ص ٧١٠ هامش ١٤)

(٢) ولما اقترح تعديل مبلغ الـكفالة ورأت لجنة الحقانية بمجلس الشيوخ رفض الاقتراح ، قالت : « على أن المشرع لم يفته من الأصل رعاية جانب الفقير المعسر بانشاء نظام الاعفاء من الرسوم ، فعلى من لا يستطيع دفع الـكفالة أن يلتجىء إلى لجنة المساعدة القضائية » .

(٣) فاى ص ٢٢٠ ون . ف ٣ يناير سنة ١٨١٤ (وقد أشير إليه فى ربرتوار دالوز فقرة ٦١٣)

(٤) كاربنتييه آخر فقرة ٣٢٤ وهو عكس رأى بونسيت (Poncet)

الأحكام قد صدرت بين الطاعن وخصومه فى نزاع واحد وترتبت هذه الأحكام بعضها على بعض ، فالطعن واحد والكفالة واحدة[١] . ومن أمثلته ما لو طعن فى الحكم الصادر فى الاختصاص وفى الحكم الصادر فى موضوع الدعوى[٢] ، أو فى الحكم التمهيدى الصادر بالتحقيق وفى الحكم القطعى الصادر فى موضوع الدعوى[٣] . أما إن كانت الأحكام صادرة فى قضايا مختلفة متميز بعضها عن بعض ، فالطعن متعدد والكفالة متعددة[٤] . ومن أمثلته : اذا طعن دائن من أصحاب الديون المقيدة فى حكمين صادرين برفض دعوييه اللتين رفعهما على حائزين لعقارين مختلفين ، فإنه يكون عليه دفع كفالتين ولو كان تقرير الطعن واحدا[٥] . ومن طعن فى الحكم الصادر بعدم قبول استئنافه لكون الحكم المستأنف صدر انتهائيا ، وطعن كذلك فى هذا الحكم احتياطيا ، فانه يكون عليه دفع كفالتين[٦] .

و إن كان الحكم واحداً وتعدد الطاعنون فيه وكانت مصلحتهم واحدة

---

(١) كاربنتيه فقرة ٣٠٥ وتعليقات دالوز فقرة ١٤٠١

(٢) ن . ف ٢١ أغسطس سنة ١٨٤٤ (بنديكت ٤٤ — ١ — ٤٢٥) و ١٧ يوليه سنة ١٨٧٩ (س ٨٠ — ١ — ٧٦) وأشير إليهما فى كاربنتيه فقرة ٣٠٨ و ن . ف ١٩ ديسمبر سنة ١٩٠٤ (س ٩٠٥ — ١ — ٤١٤)

(٣) أول يوليه سنة ١٩٠٧ (س ٩٠٧ — ١ — ١٣) . وكذلك لو كان الحكم صادرا فى مسألة فرعية (ن . ف ٢١ نوفبر ١٨٣٧ س ٨٣٨ — ١ — ١٦٥ وأشير إليه فى ربرتوار دالوز فقرة ٦٢٩) . وإذا رفع طعنان فى حكمين صادرين فى استئنافين عن حكم واحد فالكفالة واحدة (ع . ف ٦ يناير سنة ١٨٧٣ د ٧٣ — ١ — ١١٦ و ١١٧ وتعليقات دالوز فقرة ١٤٠٠) . وإذا رفع طعنان بتقرير واحد عن حكمين صادرين فى دفعين فى قضية واحدة فالكفالة واحدة (ع . ف أول فبراير سنة ١٨٨٢ د ٨٣ — ١ — ١٩٧ وتعليقات دالوز فقرة ١٤٠٣)

(٤) ربرتوار دالوز فقرة ٦١٨ وكاربنتيه فقرة ٣١٥ ومابعدها ون . ف ٢١ أكتوبر سنة ١٩١٣ (د ٩١٧ — ١ — ٧٠)

(٥) ن . ف ٢٤ مارس سنة ١٨٤١ (س ٤١ — ١ — ٦٤٣) وكاربنتيه فقرة ٣١٦

(٦) ن . ف ٢٣ أبريل سنة ١٨٣٥ (س ٣٥ — ١ — ٩٤٦) كاربنتيه فقرة ٣١٧

فى الطعن فالكفالة واحدة[١] . فان اختلفت مصلحتهم أو كان لكل منهم وجوه خاصة قد تفضى إلى نقض الحكم فى حقه فقط فالطعن متعدد[٢] . وعلى ذلك فطعن المتضامنين والمسؤولين بالتزام غير قابل للتجزئة يعتبر طعناً واحداً تجب فيه كفالة واحدة[٣] . وكذلك طعن الضامن والمضمون فى الحكم الصادر عليهما فى الدعوى الأصلية يكون طعناً واحدا بكفالة واحدة[٤] ، أما إذا تضمن طعناً فى الحكم الصادر فى دعوى الضمان فعلى الضامن كفالة ثانية[٥] .

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بكفاية كفالة واحدة فى الصور الآتية :

(١) إذا تعدد الطاعنون وكان وجه طعنهم واحدا ، ولو كان لكل منهم مصلحة

(١) فاى فقرة ١٩٧ ص ٢٢٢ وجارسونيه ص ٧١٢ ، وبهامش ٣٠ سلسلة الأحكام الصادرة المؤيدة للقاعدة ، ومنها ن . ف ١٤ يونيه سنة ١٨٨١ (د ٨٢ — ١ — ٥) و ٣ أغسطس سنة ١٨٩٦ (س ٩٧ — ١ — ٨٥) و ٩ يوليه سنة ١٩١٢ (س ٩١٣ — ١ — ٢٤٥)

والأصل أن الورثة والشركاء فى شركة أو فى ملك على المشاع تكون مصلحتهم واحدة وإن اختلفت صفاتهم وأقدار أنصبائهم فى الارث أو فى الشركة أو فى الملك الشائع ، ولكن لا مانع من أن تختلف مصلحتهم مع ذلك ، ومحكمة النقض هى وحدها صاحبة الرأى فيما إذا كانت لهم مصلحة واحدة جمعتهم فى رفع الطعن أو لم تكن لهم مصلحة واحدة (كاربنتييه فقرة ٣٢٨ وما بعدها) . ولا يهم فى توافر وحدة المصلحة أن يكون حظ كل منهم مساوياً لحظ الآخر فيها مادام جنسها واحداً فى حقهم جميعاً (ع . ف ١٨ يناير سنة ١٨٧٦ د ٧٦ — ١ — ٢٤٥ وكاربنتييه فقرة ٣٢٧) . ولا يشترط أن يكون الطاعنون متضامنين ، ولا أن يكون الحق المتنازع فيه غير قابل للتجزئة ، بل يكفى أن يكون دفاعهم فى الطعن واحداً ، ومصلحتهم فى كسبه واحدة ، ولو كانت مصلحة كل منهم متميزة عن مصلحة غيره (ربرتوار دالوز فقرة ٦٢١ وتعليقات دالوز فقرة ١٤٤٩) . انظر تعليقات دالوز من فقرة ١٤٤٥ إلى ١٤٧٦

(٢) جارسونيه ص ٧١٢ وبهامش ٢٩ سلسلة الأحكام المؤيدة لهذه القاعدة و ن . ف ٤ مايو سنة ١٨٨١ (د ٨١ — ١ — ٤٧١) و ١٨ أكتوبر سنة ١٩٠٥ (س ٩٠٩ — ١ — ١٠١) وتعليقات دالوز من فقرة ١٤٢١ — ١٤٣١

(٣) فاى ص ٢٢٣ و ن . ف ٢١ مارس سنة ١٨٥٢ (د ٥٢ — ١ — ١٠٩) و ٣ يونيه ١٨٦٧ (د ٦٧ — ١ — ٢٠٥)

(٤) فاى ص ٢٢٤

(٥) ن . ف ١١ يونيه سنة ١٨٣٦ (س ٣٦ — ١ — ٨١٧) وكاربنتييه فقرة ٣٣٤

متميزة عن مصلحة غيره[١] . (٢) إذا تعدد المحجوز لديهم وطلبوا معاً فى دعوى واحـدة الحـكم ببطلان المرافعة فى دعاوى تثبيت الحجز المرفوعة عليهم ، ثم طعنوا فى الحـكم الصادر برفض طلبهم هذا[٢] . (٣) إذا كانت الدعوى دعوى استحقاق وقضى فيها لمصلحة المستحق وكان الذى رفع الطعن هو بائع العقار ومشتريه[٣] . (٤) إذا رفع دائنون متعددون دعوى باسم مدينهم ثم اشتركوا فى الطعن فى الحـكم الصادر عليهم[٤] . (٥) إذا قدم بعض الدائنين المقيدة ديونهم مناقضات فى توزيع ثمن المبيع على حسب درجات المداينين وكان لـكل منهم فى مناقضته وجوه خاصة ، ثم طعنوا فى الحـكم الصادر عليهم برفض مناقضاتهم ، بطعن واحد و بنوه على سبب واحد تتحد فيه مصلحتهم ، كأن يدعوا أنهم أسبق وأولى بالتوزيع من دائن بعينه وزع عليه الثمن دونهم ، أو أن إجراءات التوزيع باطلة قانوناً[٥] .

---

(١) كاربنتيه فقرة ٣٣٤

(٢) كاربنتيه فقرة ٣٣٨

(٣) كاربنتيه فقرة ٣٤٠

(٤) ٨ فبراير سنة ١٨٨٦ (س ٨٦ — ١ — ٣٥١) وكاربنتييه فقرة ٣٥٠ و٣٥١ و ٣٥٢ ويقول كاربنتيه بفقرة ٣٥٤ إن محكمة النقض الفرنسية لا تتشدد فى الأخذ بوحـدة المصلحة بين الطاعنين المتعددين حتى لا تضطر إلى القضاء بعدم قبول طعونهم لعدم قيامهم بايداع كفالات متعددة .

(٥) كاربنتيه فقرة ٣٤١ وفيها إشارة إلى حكمين أصدرتهما محكمة النقض فى ٢٧ فبراير سنة ١٨١٥ و ٣ فبراير سنة ١٨١٩ . وظاهر أنه لو كان لأحد الطاعنين فى الصورة المبينة فى المتن وجه خاص ، لو قبل لنقض الحـكم بالنسبة له فقط ، اعتبر طعنه مستقلا عن الطعن العام ووجبت عليه كفالة خاصة .

ولقد سنحت لمحـكمة النقض المصرية فرصة لابداء رأيهـا فى هذا الموضوع فلم تبده ، ولعل ذلك كان رحمة بالطاعنين : فقد كان بالقضية طاعنان ، وكان الحـكم المطعون فيه صادراً فى مناقضتين فى توزيع ثمن عقار على حسب درجات المداينين ، وكان أحـدهما يطعن فى إجراءات التوزيع ويطلب إبطالها ، وكان الثانى يطلب قبوله فى التوزيع بسند رآه قاضى التوزيع أنه لا يعطيه صفة المطالبة بالحق الذى ينتحله لنفسه . فعلى الرغم من مناقشة المحـكمة لوكيلى الطاعنين فى الجلسة فيما إذا كان الطعن يعتبر متعدداً أم غير متعدد ، قضت بقبول الطعن شكلا وبنقض الحـكم المطعون فيـه ، وبالغاء إجراءات التوزيع كلها نقضاً كاملا (ن . م . م ١٨ أبريل سنة ١٩٣٥ القانون والاقتصاد س ٥ رقم ٥٢ ص ١٨٧ والمحاماة س ١٥ ق ١ رقم ٢١٥ ص ٤١٨)

وكذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه إذا تعددت دعاوى التعويض المترتبة على حادث ضار واحد وقضى فيها برفضها جميعاً بناء على سبب عام ذكر فى كل حكم ، ثم طعن المحكوم برفض دعاويهم بتقرير واحد بنوه على سبب واحد ، لو قبل لترتب على قبوله نقض الأحكام جميعاً ، فان الطعن يكون واحدا على الرغم من تعدد الطاعنين وتعدد الأحكام المطعون فيها [1] .

تنبيـــه

وإذ كان القانون لا يسمح — كما رأيت — بقبول التقرير بالطعن إلا إذا أودع الطاعن الكفالة القانونية ، وكان من الجائز أن يسهو قلم الكتاب عن مطالبة الطاعنين — إذا تعددوا — بإيداع كفالات متعددة ، ويترتب على عدم قيامهم بإيداع هذه الكفالات عدم قبول طعونهم جميعاً ، فعلى من يشتركون فى طعن واحد أن يبينوا فى تقرير الطعن وفى سند الإيداع من الذى دفع الكفالة منهم ، حتى تستطيع المحكمة — لو رأت وجوب تعدد الكفالة — أن تحكم بقبول طعن من دفع وبرفض طعن من لم يدفع [2] .

---

(١) ن . ف ١٧ أغسطس سنة ١٨٨٠ (د ٨١ — ١ — ١٧٦) وفاى ص ٢٢٥ وهامش ٢١ مكرر (ب)

(٢) ومن قضاء محكمة النقض الفرنسية أنها — فى طعن كان مبلغ الكفالة فيه قد أودع باسم فلان وزملائه ، وكان يجب على الطاعنين إيداع كفالات متعددة — قضت بقبول طعن هذا الذى ذكر اسمه فى رأس سند الايداع ، وبعدم قبول طعن الباقين (ن . ف ٢٠ يونيه سنة ١٨٥٥ س ٥٥ — ١ — ٨٢٣ وكاربنتيه فقرة ٣٦٥ و٣٦٦ و٣٦٧) . وفى طعن آخر رفع باسم فلان وباسم آخر عند الاقتضاء ، قضت تلك المحكمة — لوجوب تعدد الكفالة — بقبول طعن الأول وعدم قبول الطعن من الثانى (ن . ف ٢٨ يونيه سنة ١٨٣٧ (س ٣٧ — ١ — ٦٨٩ وكاربنتيه فقرة ٣٦٧) .

والحكم الذى يصدر من محكمة النقض بعدم قبول الطعن لعدم دفع الكفالة لا يجوز عرضه على محكمة النقض رجاء سحبه ، حتى ولو تبين فيما بعد أن الكفالة كانت مدفوعة حقا ودفعت فى الميعاد (راجع كاربنتيه فقرة ٣٦٨ وحكم ن . ف ٢٣ فبراير سنة ١٨٨٥ س ٨٨ — ١ — ٣٨٠)

الفرع الثانى

فى تقرير الطعن

٢٨٨ — فى القانون الفرنسى : يرفع الطعن بطلب (une requête) يحرره المحامى المقبول أمام محكمة النقض الموكل عن طالب النقض ، يضمنه أسماء الخصوم وصفاتهم ومحال إقامتهم والحكم المطعون فيه وتاريخ صدوره وتاريخ إعلانه ، وهل هو حضورى أم غيابى ، ويفصل فيه أسباب الطعن ومضمون ما يزمع تقديمه من المستندات المؤيدة له ، ويختتمه بما يلتمس الحكم به . وبعد توقيعه يقدمه لقلم كتاب محكمة النقض ، مصحوباً بالسند الدال على قيام الطاعن بدفع الكفالة بإحدى الخزائن العمومية وبصورة الحكم المطعون فيه التى أعلنت لموكله أو صورة أخرى مطابقة لأصله ، فيقدمه الكاتب المختص — بعد قيده — لدائرة العرائض ، دون أن يخبر به خصوم الطاعن .

وتدل نصوص المواد ١ و ٢ و ٤ و ٧ من الباب الرابع من الكتاب الأول من لائحة سنة ١٧٣٨ الصادرة بالاجراءات الواجب اتباعها أمام مجلس الملك ، والتى لا يزال العمل بها جارياً للآن ، وما نص عليه فى الأمر العالى الصادر فى ٢٧ نوفمبر — أول ديسمبر سنة ١٧٩٠ (المادة ٢٨ منه) ، وقانون ٢ بريمور سنة ٤ (المادتان ١٦و١٨) ، وقانون ٣٠ فنتوز سنة ١٢ — تدل هذه النصوص على أن رفع الطعن بهذه الكيفية ، وإصحاب الطلب بسند إيداع الكفالة وبصورة الحكم المطعون فيه ، هما من الاجراءات الجوهرية التى لايقبل الطعن بدونها[1] .

ولما أجيز فى سنة ١٩٠٨ الطعن فى الأحكام التى تصدرها مجالس الصناع (conseils des prud'hommes) سمح للطاعن أن يقرر الطعن بنفسه فى قلم

(١) راجع فى تفصيل هذه الاجراءات المادتين ٢ و ٧ من اللائحة المذكورة فى ربرتوار دالوز ص ٦ بالهامش وجارسونيه فقرة ٤٠٤ و ٤٠٥ وفاى فقرة ١٩٨ وما بعدها .

كتاب محكمة المصالحات ويرفع الطعن مباشرة — بعد إعلانه للخصوم — للدائرة المدنية بغير كفالة[١]و[٢] .

٢٨٩ — في القانون المصري : أما في مصر فقد نصت المادة ١٥ على أن : « يحصل الطعن بتقرير في قلم الكتاب بمحكمة النقض يوقعه المحامي المقبول أمامها الموكل عن الطالب . ويشتمل هذا التقرير — علاوة على البيانات العامة المتعلقة بأسماء الخصوم وصفاتهم ومحال إقاماتهم — على بيان الحكم المطعون فيه وتاريخه وتفصيل الأسباب التي بنى عليها الطعن ، فإن لم يحصل الطعن على هذا الوجه كان باطلاً »[٣] .

والظاهر من هذا النص أن الشارع لم يرتب البطلان إلا على مخالفة حكم هذه المادة من ناحية وجوب حصول الطعن بتقرير يكتب بقلم كتاب محكمة النقض ويوقعه المحامي المقبول أمامها الموكل عن الطاعن ، ومن حيث اشتمال هذا التقرير على بيان الحكم المطعون فيه وتفصيل الأسباب التي بنى عليها الطعن . أما الإهمال أو القصور أو الخطأ في البيانات المتعلقة بأسماء الخصوم وصفاتهم ومحال إقاماتهم ، فإنه يجب الرجوع في تقرير الجزاء عليه بالبطلان إلى القواعد العامة في فقه المرافعات التي جماعها اعتبار الورقة صحيحة ما أمكن رفع اللبس المترتب على ما وقع فيها من السهو أو القصور أو الإبهام بالرجوع إلى البيانات الأخرى التي اشتمل عليها التقرير والحكم المطعون فيه[٤] .

---

(١) قانون ١٣ أغسطس سنة ١٩٠٨ (د ٨ . ٩ — ٤ — ١٠٢ و ١٠٣)

(٢) ويرفع الطعن في بلجيكا بإيداع صحيفته المعلنة للخصوم بقلم كتاب محكمة النقض (راجع المادة ٨ من قانون ٢٥ فبراير سنة ١٩٢٥ في سيمونيه فقرة ٧٣ و ٧٤)

(٣) والمادة التاسعة والحادية عشرة من القانون البلجيكي الصادر في ٢٥ فبراير سنة ١٩٢٥ تحتم على الطاعن ذكر طلباته من نقض الحكم كله أو بعضه أو إحالة الدعوى على محكمة إحالة وإلزام الخصوم بالمصاريف ، بحيث إذا قصر طعنه على جزء من الحكم فإنه لا يكون له من بعد أن يطعن في جزء آخر لم يطعن فيه (سيمونيه فقرة ٦٥)

(٤) جارسونيه فقرة ٤٠٥ ص ٧٠٣ وفاي فقرة ٢٠١ ص ٢٢٨ وملحق دالوز فقرة =

وتقرير الطعن هو إشهاد يثبت به كاتب المحكمة أن محامى الطاعن قد حضر أمامه فى ساعة كذا من يوم كذا وأشهده على أنه يطعن فى الحكم الصادر فى القضية الفلانية بتاريخ كذا وأن أسباب طعنه هى كيت وكيت وأنه يطلب من محكمة النقض أن تحكم له بقبول الطعن ونقض الحكم المطعون فيه برمته أو فيما قضى به من كذا ..... ثم يوقع كاتب المحكمة ومحامى الطاعن هذا التقرير ثم يختمه بختم المحكمة .

ا — وجوب تقرير الطعن بقلم كتاب محكمة النقض

٢٩٠ — تقرير الطعن بقلم كتاب محكمة النقض إجراء جوهرى لا يغنى عنه غيره ، فان رفع الطعن لرئيس المحكمة على صورة عريضة له ، أو بتقرير فى قلم كتاب محكمة أخرى ، أو بورقة من أوراق المحضرين تعلن لكاتب المحكمة أو للخصم ، كان الطعن غير مقبول ، وكان للمحكمة أن تحكم بعدم قبوله من تلقاء نفسها لتعلق ذلك بالنظام العام .

وكذلك كتابة الكاتب المختص تقرير الطعن بقلم الكتاب هو إجراء جوهرى لا يغنى عنه أن يحرره الطاعن بنفسه أو محاميه عنه ثم يودعه بقلم الكتاب بعد التأشير منه بوروده .

= ١٨٤ و ن . ف ٩ يناير سنة ١٨٥٦ (د ٥٦ — ١ — ١٢) و ٤ أبريل سنة ١٨٨٢ (د ٨٣ — ١ — ٤٠٤) و ن . م . م ٢٨ يناير سنة ١٩٣٢ (المحاماة س ١٢ ص ٨٤٢ رقم ٤١٦ والقانون والاقتصاد س ٣ رقم ٣٥)

وقد حكمت محكمة النقض الفرنسية بأن السهو عن ذكر تاريخ الحكم المطعون فيه فى عريضة الطعن لا يبطل الطعن ، إذا كان التاريخ الذى ذكر فيها هو تاريخ حكم تحضيرى لا مصلحة للطاعن فى الطعن فيه ، وكانت أسباب الطعن لا تنصب إلا على الحكم القطعى المطعون فيه ، وكان هذا الحكم القطعى هو الذى أرفق بعريضة الطعن (حكم ٣ فبراير سنة ١٨٢٥ وقد أشير إليه فى ربرتوار دالوز فقرة ٨٧٧)

ب — كون تقرير الطعن يوقعه محام مقبول أمام محكمة النقض موكل عن الطاعن

٢٩١ — قد منع الشارع أن يتولى الخصوم بأنفسهم التقرير بالطعون فى الأحكام أمام محكمة النقض ، وأوجب عليهم أن ينيبوا فى ذلك من يختارونه من المحامين المقبولين أمام محكمة النقض . وقد كان طبيعيا أن يضع الشارع نظاما للمحاماة أمام محكمة النقض فأضاف بمقتضى المادة السادسة من قانون إنشاء هذه المحكمة مادة إلى القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩١٢ هى المادة العاشرة المكررة بين فيها الشروط الواجب توافرها فيمن يجوز قيد اسمه بالجدول الخاص بمحامى هذه المحكمة[١] .

٢٩٢ — ولم يأت قانون محكمة النقض بما يخالف نص المادة ٥٥ من قانون المحاماة لدى المحاكم الأهلية التى أجازت للحكومة أن تنيب عنها من تعينه للمرافعة عن مصالحها ، فلها إذن بمقتضى نص هذه المادة أن تنيب عنها فى عمل التقارير والحضور أمام محكمة النقض ، من تشاء ، ولو لم يكن من المحامين المقبولين أمامها[٢] .

---

(١) ونظراً لأهمية هذا الإجراء قد مد الشارع ميعاد رفع الطعن (المنصوص عليه فى المادة ١٤) إلى ثلاثين يوماً بعد نشر جدول المحامين المقبولين أمام محكمة النقض بالجريدة الرسمية ، وجوز لمحكمة النقض (منعقدة بهيئة جمعية عمومية) أن تدخل على الإجراءات المنصوص عليها التعديلات التى تراها لازمة لحسن سير العدالة (المادة ٤٧) . ولذلك اجتمعت هذه الجمعية العمومية فى ٢٠ مايو سنة ١٩٣١ وقررت أن يكون لكل محام مقبول لدى محكمتى الاستئناف الحق فى عمل تقارير الطعون فى المواد المدنية ، وذلك إلى أن ينشر الجدول المشار إليه فى المادة العاشرة المكررة التى أضيفت إلى قانون المحاماة لدى المحاكم الأهلية ويمضى ثلاثون يوماً بعد نشره حتى يصل علمه إلى الكافة ، وإذ ذاك لا يقبل للعمل إلا المحامون المقررون لدى محكمة النقض . وفى ١٥ يونيه سنة ١٩٣١ قررت هذه الجمعية أربعة وثمانين من المحامين ودونت أسماءهم بالجدول الخاص بالمقبولين أمام محكمة النقض ، وأمرت بنشره بالجريدة الرسمية ليكونوا هم وحدهم المقبولين أمامها ، وليشتغلوا بالعمل بعد مضى ثلاثين يوماً من تاريخ هذا النشر (راجع مدخل الكتاب فقرة ٤٦ و ٤٧)

(٢) ن . م . م ١٤ يناير سنة ١٩٣٢ (المحاماة س ١٢ رقم ٣٥٩ ص ٧١٣ والقانون والاقتصاد س ٣ رقم ٣٢ ص ٢١ ومج س ٣٣ رقم ١١٠ ص ٢١٠)

٢٩٣ — والدفع بأن المحامى الذى وقع تقرير الطعن ليس من المحامين المقبولين أمام محكمة النقض يتعلق بالنظام العام ، فيصح إبداؤه بالجلسة ويجوز للمحكمة أن تثيره وتحكم فيه من تلقاء نفسها . أما الدفع بأن المحامى المقبول أمام محكمة النقض لا توكيل لديه عن الطاعن ، فانه ليس من النظام العام ، ويجب على من أراد التمسك به أن يتمسك به فى مذكرته التى يقدمها للمحكمة بدفاعه[١] .

ج — مشتملات تقرير الطعن

٢٩٤ — ***بيان الحكم المطعون فيه وتاريخه*** : وبيان الحكم المطعون فيه من أهم البيانات التى يجب أن يشملها التقرير ، فعلى الطاعن أن يذكر فى التقرير ما الحكم المطعون فيه وما تاريخه والمحكمة التى أصدرته . على أن الخطأ فى التاريخ أو فى اسم المحكمة لا يترتب عليه بطلان الطعن ، إذا سهل استدراك الخطأ ورفع اللبس بما جاء بشأنه فى التقرير أو بالرجوع إلى صورة الحكم المقدمة[٢] .

وقد اعتاد قلم الكتاب أن يذكر إن كان الحكم قد أعلن أو لم يعلن وتاريخ إعلانه إن كان قد أعلن ، وهل هو حضورى أو غيابى ، ثم يذكر نص الحكم الابتدائى إن كان الحكم المطعون فيه مؤيدا له .

٢٩٥ — ***تفصيل أسباب الطعن فى التقرير*** : أسباب الطعن هى وجوهه التى يبنى عليها ، أو هى ما يعاب به على الحكم المطعون فيه من أنواع مخالفة القانون أو الخطأ فى تطبيقه أو فى تأويله ومن بطلان جوهرى وقع فى الحكم أو فى الإجراءات . والمراد بتفصيل الأسباب فى التقرير ذكرها واحداً واحداً بنوع من البيان يحددها ويعرفها ويحصرها ويكشف عن المقصود منها ويبعد عنها الغرر والجهالة ويمكن

---

(١) ن . م . م ١٧ أبريل سنة ١٩٣٢ (المحاماة س ١٢ رقم ٤٨٤ ص ٩٧٢ والقانون والاقتصاد س ٣ رقم ٤٣ ص ٣١)

(٢) جارسونيه فقرة ٤٠٥ وفاى ٢٠٢

المدعى عليه من تحضير دفاعه منذ إعلانه بصورة من تقرير الطعن(١). أما شرحها الشرح الكافي فقد أوجبه القانون على الطاعن في ميعاد معين وبكيفية مخصوصة على ما ستعرف تفصيله .

وذكر أسباب الطعن مفصلة في التقرير هو الذي يحدد الطعن ويعرف ما الذي طعن فيه من الحكم ولِمَ طُعِن ، وما الذي يرمى إليه الطاعن وهل يشمل طعنه الحكم

---

(١) جارسونيه ص ٧٠٥ وهامش ١٦ و ع . ف ١٥ ديسمبر سنة ١٨١٨ (ربرتوار دالوز فقرة ٨٠٩) و ن . ف ٢٥ يونيه سنة ١٩٠١ (د ١٩٠١ — ١ — ٥٤٩) ويقول جارسونيه إن الأسباب يجب أن تكون خاصة ومتعلقة مباشرة بصورة الدعوى :

« les motifs doivent être spéciaux et directement applicables à l'espèce »

وانظر سيمونيه ص ٨٢ وراجع ن . م . م ٢ فبراير سنة ١٩٣٣ (المحاماة س ١٣ رقم ٤٢٤ ص ٨٥٨ والقانون والاقتصاد سنة ٣ رقم ٩٥ ص ٨١) . وفي قضية أخرى كان مبنى الطعن فيها أن « الحكم لم يبحث الدفوع التي عرضت على المحكمة » قضت محكمة النقض بعدم قبول هذا الوجه وقالت « إن المراد بتفصيل الأسباب هو البيان المحدد للسبب تحديداً يتيسر معه للمطلع أن يفهم الموضوع الواقع فيه الخطأ القانوني والقواعد القانونية التي خولفت فجرت مخالفتها إلى هذا الخطأ » . ثم قالت « إنه على فرض إمكان اعتبار الوارد بالتقرير تحديداً لنوع الأسباب التي يراد بها الاعتماد عليها ، هذا التحديد النوعي الذي لا يمكن التسليم بأنه هو مراد الشارع بالمادة (١٥) فان المذكرة التي قدمها الطاعن لم يخرج فيها عن هذا التحديد النوعي العام ، ولم يبين الوقائع الخاصة التي يعتمد عليها في القول بمخالفة القانون ... » ثم قالت « وحيث إن الطاعن يعتمد في البيان التحديدي على مذكرة قدمها ضمن مستنداته يقول إنه قدمها لمحكمة الاستئناف ويطلب من محكمة النقض أن تقرأها وتقارنها بالحكم المطعون فيه لتستخرج منها تفصيل الدفوع التي لم تنظر فيها محكمة الاستئناف ، ولتستخرج منها كذلك بيان الأوراق التي تناقض ما ورد بالحكم المطعون فيه . وحيث إن المستندات إنما تقدم لمحكمة النقض لتكون دليلا على أسباب الطعن ، بعد بيانها بياناً صريحاً ، لا لتكون مصدراً تستخرج منه هذه المحكمة نفسها وجه مخالفة الحكم المطعون فيه للقانون ، فما يذهب إليه الطاعن فيما تقدم غير واجب على محكمة النقض ، ولا مقبول منه » (ن . م . م ١٧ مايو سنة ١٩٣٤ المحاماة س ١٥ ق ١ ص ٧) . وقالت في حكم آخر أصدرته في ٢٣ مايو سنة ١٩٣٥ « إن المادة ١٥ من قانون إنشاء محكمة النقض توجب تفصيل أسباب الطعن في التقرير (articulations précises des moyens) فيجب أن يكون كل سبب يراد التحدى به مذكوراً في هذا التقرير ذكراً استقلاليا بكيفية دقيقة بحيث يتيسر للمطلع عليه أن يدرك لأول وهلة موطن مخالفة الحكم للقانون أو خطئه في تطبيقه أو في تأويله أو موطن البطلان الجوهري الذي وقع فيه ، أو موطن بطلان الإجراءات الذي يكون أثر فيه . وكل طعن لا يكون على هذا الوجه التفصيلي الدقيق يكون باطلا » (المحاماة س ١٦ رقم ١٠ ص ٢٦)

برمته أم أن المقصود بالطعن إنما هو جزء خاص معين منه ، وما هى طلباته من محكمة النقض وهل يطلب نقض الحكم كله أم أنه لا يطلب إلا نقض جزء منه .

ولما كان لا يترتب على مجرد الطعن نقل القضية برمتها إلى محكمة النقض لتتولى هى بحثها لمعرفة ماعسى أن يكون قد وقع فى الحكم من بطلان أو مخالفة للقانون ، وكانت محكمة النقض لا تتصل بالطعن إلا من تلك الوجوه التى بنى عليها ، رأى الشارع أن يوجب على الطاعن ذكر أسباب الطعن وتفصيلها منذ افتتاح قضية الطعن وأن يعذر إليه أنه لا يستطيع التمسك من بعد بأسباب أخرى [(١)] ، إلا أن تكون أسباباً تتعلق بالنظام العام فيجوز له التمسك بها بل يجوز للمحكمة أن تأخذ بها من تلقاء نفسها .

وعلى ذلك فإذا اقتصر الطاعن على مجرد القول بمخالفة الحكم للقانون أو للقضاء الثابت أو لقانون التسجيل أو لأحكام قانون نزع الملكية أو للمذكرات والمستندات المقدمة فى الدعوى ، كان الطعن غير مقبول ، ولو قام بعد ذلك ببيان الأسباب وشرحها فى المذكرة الكتابية التى يقدمها أثناء تحضير الطعن وتحقيقه ، لأن هذا التفصيل ابتداء مطلوب على جهة الوجوب تحديداً للطعن وتعريفا لوجوهه منذ افتتاح الخصومة .

على أنه مادام على الطاعن شرح ما فصله فى تقريره من الأسباب بمذكرة كتابية يقوم بتقديمها من بعد ، فإنه إذا اكتفى فى تفصيل الأسباب ببيان موجز مفيد يخرجها عن الإبهام ويبعدها عن الجهالة الفاحشة وعن صلاحيتها لأن تكتب فى كل طعن فإنه يكون قد حقق غرض القانون من تحديد الطعن والتعريف بوجوهه وبالمقصود منه [(٢)] .

---

(١) ن . م . م ٣ ديسمبر سنة ١٩٣١ (مج س ٣٣ رقم ٥٩)

(٢) فاى ص ٢٣٠ فقرة ٢٠٣ وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بقبول طعن اقتصر الطاعن فيه على ذكر النص القانونى الذى يزعم أن الحكم المطعون فيه قد خالفه بغير بيان لوجه هذه المخالفة (ع . ف ١٣ نوفبر سنة ١٨٤٤ د ٤٥ — ٤ — ٦٣ وقد أشير إليه فى ربرتوار داللوز فقرة ٩١٤)

وليس من المحتم على الطاعن أن يذكر فى تقرير الطعن نص القانون الذى يدعى هو مخالفة الحكم إياه أو خطأه فى تطبيقه أو فى تأويله ، لأن القانون لم يوجب عليه إلا تفصيل الأسباب ، وقد يجوز أن يقع التفصيل بغير إيراد النصوص القانونية ويكون مع ذلك مفهوماً واضحاً وافياً بالغرض . وقد قضت بذلك محكمتنا فقالت : إن القانون لم يحتم على الطاعن إيراد نص القانون المزعومة مخالفته أو وقوع الخطأ فى تطبيقه أو فى تأويله ولم يرتب جزاءاً ما على خلو التقرير من هذا النص[1] .

والشارع فى إيجابه تفصيل الأسباب فى تقرير الطعن لم يأخذ بقواعد التيسير التى أُخذ بها فى باب الاستئناف حيث أبيح للمستأنف أن يتمسك أمام المحكمة بأسباب أخرَ غير التى ذكرها فى صحيفة استئنافه ، وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية ما نصه : « إن التيسير الذى أتت به المادة ٣٦٩ من قانون المرافعات[2] من حيث إجازتها للمستأنف التمسك بأسباب غير التى ذكرها فى عريضة استئنافه يبرره أن المحكمة الاستئنافية هى محكمة ثانى درجة فقط ، وقد يجوز أن يكون المستأنف لم يتهيأ له — فى الميعاد الذى حدده القانون لإعلان عريضة استئنافه — الوقت الكافى لاستدراك كل أسباب الاستئناف ؛ أما فى النقض فلا يمكن القول

---

(١) ن . م . م ٢ فبراير سنة ١٩٣٣ (المحاماة س ١٣ رقم ٤٢٤ ص ٨٥٨ والقانون والاقتصاد س ٣ رقم ٩٥ ص ٨١)

أما فى الفقه الفرنسى فذكر نص القانون الذى خالفه الحكم المطعون فيه واجب وجزاء عدم ذكره عدم قبول الطعن (راجع تعليقات دالوز فقرة ١٦٤٩ وجارسونيه ص ٧٠٤ وهامش ١٢) وهو واجب أيضاً فى القانون البلجيكى (سيمونيه فقرة ٨٠ وهوامشها) ومما أورده بفقرة ٧٩ أن محكمة النقض البلجيكية قضت بعدم قبول وجه الطعن الذى اكتفى فيه بالقول بمخالفة الحكم لقانون العقد وحجية الأوراق بغير ذكر لنص المادة ١١٣٤ من القانون المدنى (ن . ب ١٠ مارس سنة ١٩٢٧ باسكريزى — ١ — ١٧٥)

(٢) إن هذا التيسير مسلم به فى مصر فقهاً وقضاء ، أما المادة ٣٦٩ مرافعات فالحق أنها لا تصلح للاستدلال على هذا التيسير ، لأن المقصود بها هو النص على جواز إبداء وسائل الدفاع الجديدة التى لم تكن قد أبديت أمام محكمة الدرجة الأولى ، بخلاف الطلبات الجديدة التى نصت المادة ٣٩٥ على عدم جواز تقديمها لأول مرة أمام محكمة الدرجة الثانية .

بأن الخصم الذى يرى رفع نقض عن الحكم الاستئنافى لا يعرف فى الوقت الذى يرفع فيه النقض الأسباب التى يريد التمسك بها للطعن فى ذلك الحكم ، فلأجل تمكينه من رفع النقض ضده وتمكين النيابة العمومية من درس القضية باعتناء (والأول مطالب بدفع النقض ، ويجوز أن يكون للنيابة وجوه لدفعه أيضاً) يجب أن تكون الأسباب التى يبنى رافع النقض طعنه عليها معروفة قبل الجلسة وأن يكون قد شرحها وقدم عنها تفصيلا دقيقاً » .

ومذهب القانون المصرى فى عدم جواز التمسك بغير الأسباب المفصلة فى تقرير الطعن[1] يخالف ما ذهب إليه القانون الفرنسى من الترخيص لرافع النقض بالتمسك فى أثناء المرافعات الحضورية بأسباب غير التى فصلها فى عريضته . ويصرح شارعنا فى المذكرة الإيضاحية — بعد تلخيصه مذهب القانون الفرنسى — « أنه غير راغب فى هذا الترخيص لأنه يتمشى هنالك مع ما ذهب إليه هذا القانون من تحقيق الطعن فى مرحلتين أمام دائرة العرائض وأمام الدائرة المدنية ، ولا يمكن تمشيته مع مذهب القانون المصرى الذى اكتفى بتقديم القضية مباشرة إلى الدائرة المدنية » .

الفرع الثالث

فى إعلان الطعن للخصوم

٢٩٦ — فى القانون الفرنسى : لا يعلن الطعن للخصم بمجرد تقديم عريضته لقلم الكتاب ، بل يجرى تحقيقه أمام دائرة العرائض[2] la chambre

(١) مذهب القانون البلجيكى موافق لمذهب القانون المصرى (سيمونيه فقرة ٨١ ص ٨٥)

(٢) ولا يعرض الطعن على الخصم فى هذه المرحلة ، ولكن لمحاميه أن يستعلم عن كنهه وما يتم فى شأنه من الكاتب المختص ، ويسمح له بأن يقدم ملحوظاته المؤيدة للحكم المطعون فيه للمستشار المقرر ، بصفة غير رسمية (فاى فقرة ٢٠٧ ص ٢٣٥ و٢٣٦) ويقال عندئذ إن المحامى قد « وقف موقف المراقبة s'inscrire en surveillance » (جاپيوت فقرة ١١٤٤)

des requêtes بإجراءات معينة تسبق إجراءات إعلانه وتحقيقه أمام الدائرة المدنية . فمتى قدم محامى الطاعن لقلم الكتاب عريضة الطعن والسند المثبت لدفع الكفالة وصورة الحكم المطعون فيه المعلنة له أو المطابقة لأصله ، قيدها الكاتب المختص بالسجل المعد لذلك (المواد من ٧ لغاية ٢١ من الأمر العالى الصادر فى ١٨٢٦) ، ولمحامى الطاعن — فى ميعاد شهر أو شهرين (حسبما تكون القضية مستعجلة أو غير مستعجلة) من تاريخ هذا القيد — أن يقدم لقلم الكتاب مذكرة كتابية يشرح فيها الطعن وأسبابه (وقد اصطلح على تسميتها (mémoire ampliatif) وصورة أخرى من الحكم المطعون فيه واضحة الخط تسمى عندهم « الصورة المقروءة la copie lisible » والمستندات المؤيدة للطعن (المادة ١١ من الأمر العالى المتقدم الذكر) . ومتى انقضى هذا الميعاد (ويجوز لرئيس المحكمة أن يعطى محامى الطاعن مهلة أخرى بناء على طلب يقدمه له كتابة) أشر الكاتب المختص على ملف الطعن بانقضائه ، وتعتبر القضية من هذا التاريخ صالحة للعرض على دائرة العرائض « en état » .

وبعد ذلك يعرض الطعن على رئيس المحكمة فيعين أحد المستشارين[١] بدائرة العرائض لدرسه وتقديم تقرير كتابى عنه لقلم الكتاب ، ثم يبلغ الطعن للنيابة فيندب النائب العام أحد الأفوكاتية العموميين لدرسه وتقديم مذكرة بأقوال النيابة فيه . وبعد ذلك يحدد الرئيس جلسة نظر الطعن أمام دائرة

(١) المواد ١٣ إلى ١٦ من الأمر الصادر فى سنة ١٨٢٦ تنظم كيفية اختيار المستشارين وتحدد المواعيد الواجب عليهم فيها تقديم التقارير فى الطعون . والمواد ٢٢ إلى ٢٤ منه تنظم كيفية تبليغ تقارير المستشارين إلى النائب العام . ويقول فاى : إن تقرير المستشار لا يعلّى على ملف القضية بل يبقى به باعتباره ورقة خاصة بالمستشار لا يطلع عليها أحد ولا تسلم صور منه (فقرة ٢٠٨ ص ٢٣٦) . وتنص المادة ١٩ من الأمر العالى الصادر فى ٢ بريمور سنة ٤ على منع المستشار المقرر من إبداء رأيه فى التقرير . ويقول فاى إن العرف جرى مع ذلك أمام دائرة العرائض بأن يبين المستشار الأوجه القانونية التى يمكن بها الدفاع عن الحكم المطعون فيه ، وعلى الأخص ما يمكن أن يقام عليه من التوجيهات القانونية ، إذا صح منطوقه وكان الخطأ واقعاً فى بعض أسبابه (ص ١٣٧)

العرائض ، وفى هذه الجلسة يقرأ المستشار المقرر تقريره ، ثم يبدى كل من محامى الطاعن والأفوكاتو العمومى أقواله ، ثم تحكم المحكمة برفض الطعن إذا لم تره يستحق العرض على الدائرة المدنية ، أو تقرر جواز عرضه على هذه الدائرة لتفصل فيه بما تراه [1] . والأحكام الصادرة برفض الطعون هى التى يجب تسبيبها ، والمستشار المقرر هو الذى يحرر أسبابها بخطه على أصل عريضة الطعن ثم يمضيها ويمضيها معه رئيس الجلسة وكاتبها [2] . وفى هذه الإجراءات أمام دائرة العرائض لا يحضر المدعى عليه لا بقلم الكتاب ولا بالجلسة ، وإنما يبدأ حضوره حين يعلن له القرار الصادر من دائرة العرائض بالسماح بعرض الطعن على الدائرة المدنية .

٢٩٧ — فى القانون المصرى : هذه المرحلة التى يسير فيها الطعن أمام دائرة العرائض لم ير الشارع المصرى محلا لها عندنا [3] ، ولذلك أوجب على الطاعن بنص المادة ١٧ أن يعلن طعنه مباشرة لخصمه .

والمفهوم من هذا النص أن الذى يجب إعلانه هو صورة كاملة من تقرير الطعن ، مطابقة لأصله . وقد جرى العمل على أن يسحب محامى الطاعن صورة رسمية من هذا التقرير ثم يحرر عليها صيغة الإعلان ويرفقها بعدد من الصور بقدر عدد من يريد إعلانهم ويسلمها جميعاً لقلم المحضرين ، فإذا ما تم الإعلان تسلم الأصل مؤشراً عليه من المحضر وممن سلمت الصور لهم ، على الوجه المعروف بإعلان أوراق المحضرين .

فلا يصح إذن إخبار الخصوم بحصول الطعن وإحالتهم على قلم الكتاب للعلم بتفاصيله وأسبابه ، لأن الشارع قد قصد من إعلان الطعن للخصوم أن يكون تحت يد كل منهم صورة تامة من ورقة افتتاح الطعن يتعرف منها كنهه وموضوعه وأسبابه ليعد دفاعه ومستنداته .

---

(١) ويسمى قرار دائرة العرائض « arrêt d'admission ou de soit communiqué » . وهذا القرار لا يقيد الدائرة المدنية ، ولذلك جرى العمل على عدم تدوين أسباب له .

(٢) المادة ٤١ من الأمر الصادر فى سنة ١٨٢٦ (فاى فقرة ٢١٢ ص ٢٤٥)

(٣) راجع ماقلناه فى الاستغناء عن نظام دائرة العرائض فى مصر رقم ٣٨ ص ٥٠ — ٥١

ا — بناء على طلب من يكون إعلان الطعن ولمن يعلن ؟

٢٩٨ — إن إعلان الطعن هو واجب شخصى على كل من قرر الطعن وأراد السير فيه ، لا واجب كفاية على جماعة الطاعنين إذا قام به أحدهم سقط عن الباقين . وكذلك يجب أن يقع الإعلان لجميع من وجه الطعن إليهم ممن سبق له ذكر أسمائهم فى تقرير الطعن ، فإن كان قد اكتفى بذكر اسم أحدهم ثم عطف عليه عبارة (ومن معه) فالعبرة فى معرفتهم بما جاء بالحكم المطعون فيه بياناً لأسمائهم وصفاتهم . على أن إجراء الإعلان لبعض الخصوم لا يدل فى ذاته على تنازل الطاعن عن حقه فى إعلان الباقين ، بل يبقى على حقه فى إعلانهم باعلان مستقل إلى أن ينقضى الميعاد الواجب إجراء الإعلان فيه فيسقط حقه فى اختصامهم[1] .

ب — كيف يحصل إعلان الطعن ؟

٢٩٩ — نصت الفقرة الثانية من المادة ١٧ من القانون على أن إعلان التقرير للخصوم « يكون بورقة من أوراق المحضرين وبالأوضاع العادية » .

ويشير هذا النص إلى وجوب ذكر اليوم والساعة وأسماء طرفى الخصوم ومحال إقامتهم ... إلى غير ذلك من البيانات الواجب اشتمال كل ورقة من أوراق المحضرين عليها طبقاً لنص المادة الثالثة من قانون المرافعات ، ثم إلى وجوب الإعلان لنفس الخصم أو لمحله الأصلى والتأشير على الأصل والصورة بما يفيد الإعلان والتوقيع عليهما من المحضر وممن تسلم الإعلان على نحو ما جاء بالمادة السادسة وما بعدها من قانون المرافعات .

وإذ لا يتسع هذا المؤلف لتبيين أهمية هذه البيانات وتلك الإجراءات واحداً واحداً ولا لعرض ما يعتور الإعلان من النقص أو الخطأ فى كل إجراء منها وما

---

(١) فاى فقرة ٢١٦ ص ٢٤٥ — ٢٤٦ و ن . ف ٢٦ يونيه سنة ١٨٩٥ (د ٩٥ — ١ — ٣٤٥)

يكون له من أثر فى صحة الإعلان وعدم صحتـه ، فلا مناص من الإحالة فيه على كتب فقه المرافعات ومجموعات الأحكام . والذى يهمنا ذكره فى هذا المقام هو لفت النظر إلى أن هذا الاعلان ينبغى أن يحرر على الصورة الرسمية التى أخذها الطاعن من تقرير الطعن ، حتى يكون بيد كل خصم صورة كاملة من هذا التقرير وذلك الاعلان[1] ، ولفته كذلك إلى أن العبرة فى صحة الورقة وعدم صحتها إنما هى بما ورد فى الصورة المعلنة ، وأن جميع البيانات الواردة فى هذه الصورة يخدم بعضها بعضاً فى رفع ما يقع من اللبس أو القصور أو الخطأ[2] . وليس من الضرورى أن تتضمن ورقة الاعلان تكليف الخصم بالحضور لقلم الكتاب لتقديم مستنداته ومذكرة دفاعه فى الميعاد المحدد له قانوناً ، فهذا التكليف واقع بقوة القانون ، ذكر فى الورقة أو لم يذكر[3] .

وإعلان الطعن يجب أن يقع لنفس الخصم أو لمحله ، كما يقضى بذلك نص المادة السادسة من قانون المرافعات . وإذ كان الطعن لا يعتبر استمرارا للخصومة التى صدر فيها الحكم المطعون فيه ، فلا يصح إذن إعلان الطعن فى المحل المختار أمام المحكمة الابتدائية أو أمام محكمة الاستئناف[4] ، وإنما يصح فى المحل المختار

---

(١) وقد دفع أمام محكتنا بعدم قبول طعن ، أعلن فى الميعاد ، لأن صورته المعلنة للخصوم لم يكن وارداً بها تاريخ التقرير بالطعن بقلم الكتاب ، فرفضت المحكمة هذا الدفع وقالت فى أسباب حكمها : إن البطلان الذى ترتبه المادة ١٧ منصب على عدم حصول الاعلان للخصم فى الخمسة عشر يوماً التالية ليوم حصول التقرير بالطعن فى قلم الكتاب ، وهو الحكم الجوهرى المسوقة تلك المادة لبيانه . فكلما تحقق فى الواقع أن هذا الإعلان قد وصل فعلا للخصم فى الميعاد فالطعن صحيح شكلا ... ثم قالت : والواقع فى هذه المادة أن الاعلان حصل بعد تاريخ التقرير بستة أيام ، ولكن هذا الاعلان مع استيفاء أصله وصورته المعلنة لكافة البيانات الواجب ذكرها فى أوراق المحضرين قد وقع فى صورته سهو عن ذكر تاريخ التقرير لقلم الكتاب ... وهذا السهو لا شأن له بالحكم الوارد بالمادة ١٧ ويكون الطعن إذن لا شك فى صحته من هذه الجهة (ن . م . م ٧ نوفمبر سنة ١٩٣٥ القانون والاقتصاد س ٦ رقم ٦ ص ٣٤ والمحاماة س ١٦ رقم ٢٠٧ ص ٤٧٢)

(٢) ن . ف ١٤ مارس سنة ١٩٠٠ (مشار إليـه فى فاى ص ٢٤٦ هامش ٧) وشويفن ص ٣٤٠

(٣) كاربنتيه فقرة ١٥٦٣

(٤) فاى ص ٢٤٧ وهامش ١٤

لإعلان الأوراق أمام محكمة النقض . وقد قضت محكمة النقض البلچيكية بأنه عند الشك يحمل المحل المختار المبين فى ورقة إعلان الحكم المطعون فيه على أنه المحل المختار فقط لما عسى أن يرفع من الإشكالات المتعلقة بتنفيذ الحكم[1] .

وفى قضية — كان محامى المدعى عليه قد دفع فيها ببطلان الاعلان الحاصل بمكتبه باعتباره المحل المختار لموكله — حكمت محكمة النقض المصرية برفض هذا الدفع و بصحة الاعلان ، إذ تبين لها أن هذا المحامى هو الذى قام لموكله بإعلان الحكم المطعون فيه للطاعن واتخذ مكتبه محلا مختارا لموكله ، وأنه هو الذى تسلم من المحضر ورقة الاعلان ، ثم حضر عن موكله أمام محكمة النقض[2] .

ج — ميعاد إعلان الطعن للخصوم

٣٠٠ — إن الميعاد الذى يجب فيه على الطاعن إعلان الحكم الصادر من دائرة العرائض (فى القانون الفرنسى) هو شهران كاملان يبتدئان من تاريخ صدور هذا الحكم (المادتان الثانية والتاسعة من قانون ٢ يونيه ١٨٦٢) . ولا يزاد عندهم على هذا الميعاد ميعاد مسافة للمقيمين بالقارة ، أما غير المقيمين بها فتزاد لهم المواعيد المبينة بالمادتين الخامسة والسادسة من هذا القانون[3]و[4] .

---

(١) سيمونيه ص ١٠٣ و ن . ب ١٢ فبراير سنة ١٨٥٧ (باسكريزى — ١ — ١٠٨)

(٢) ن . م . م ٢٨ يناير سنة ١٩٣٢ (المحاماة س ١٢ رقم ٤١٦ ص ٨٤٢ و مج س ٣٣ رقم ١٣٥) و ن . م . م ١٨ فبراير سنة ١٩٣٢ (المحاماة س ١٢ ص ٨٤٤ رقم ٤٨١) وقد جاء به أن قضاء محكمة النقض جرى على اعتبار إعلان الطعن فى المحل المعين صحيحاً ، إذا كان قد أغفل بيان المحل الأصلى فى ورقة إعلان الحكم المطعون فيه ، لما فى ذلك من الدلالة على رغبة المعلن للحكم فى قيام المحل المعين مقام محله الشخصى لتعلن له فيه جميع الأوراق الخاصة به ، وذلك فضلا عن أن البطلان المترتب على عدم الاعلان فى المحل الأصلى غير متعلق بالنظام العام ويكفى لزواله قبول الإعلان فى المحل المختار — وانظر مثل الحكم الأول حكمى محكمة النقض البلچيكية فى ٢ نوفبر سنة ١٩١١ (باسكريزى — ١ — ٥٤٢) و ٢ يونيه سنة ١٩٢٧ (باسكريزى — ١ — ٢٥٠) وقد استشهد بهما سيمونيه ص ١٠٣

(٣) فاى ص ٢٤٢

(٤) كان هذا الميعاد شهرا فى بلچيكا ، وقد قضت محكمة النقض البلچيكية بأن هذا =

أما عندنا فى مصر فالميعاد خمسة عشر يوماً من تاريخ التقرير بالطعن ، فلا يحتسب منه يوم التقرير بقلم الكتاب (المادة ١٧) . وليس هذا الميعاد كاملاً ولذلك يجب حصول الاعلان فى اليوم الأخير .منه على الأكثر ، ولكنه يمتد بالضرورة لليوم التالى إذا كان اليوم الأخير يوم عطلة [(١)] . وهو يجرى فى حق جميع الناس ، سواء كانوا قصرا أو غائبين أو محجوراً عليهم أو مفلسين ، فإن على من يمثل هؤلاء قانوناً أن يقوم هو بالاعلان فى الميعاد .

ويزاد على هذا الميعاد ميعاد مسافة بين محل محكمة النقض التى حصل بقلم كتابها تقرير الطعن و بين محل من يراد إعلان هذا التقرير له من الخصوم . ذلك لأن ميعاد إعلان الطعن هو — فى الواقع — تتمة الميعاد الذى حدده القانون لرفع الطعن ، إذ إعلان الحكم المطعون فيه يتضمن فى واقع الأمر تنبيه من يعلن له إلى إجراء الطعن لو أراد وتكليفه بالحضور لقلم الكتاب فى شخص المحامى الذى يختاره ليقرر الطعن نيابة عنه ، فهو فى شخص محاميه مضطر للحضور بالقاهرة حيث توجد محكمة النقض ، ثم للانتقال (بواسطة المحضر) إلى محال إقامة خصومه ليعلن لكل منهم صورة من تقرير الطعن . وما دمنا قد زدنا للطاعن ميعاد مسافة فى المرحلة الأولى ، لحقه فى زيادة ميعاد آخر فى هذه المرحلة الثانية مما لا شبهة فيه [(٢)] .

= الميعاد غير كامل (كما هو عندنا) ولم تأخذ فى ذلك بنص المادة الخامسة من الباب الأول من القسم الأول من لائحة ١٧٣٨ التى اعتبرت جميع المواعيد الواردة بها مواعيد كاملة (ن . ب ٢ مايو سنة ١٨٧٣ ، شويفن ص ٣٣٧) . ولما عدل قانون ٢٥ فبراير سنة ١٩٢٥ إجراءات رفع الطعن ، وصار يرفع بصحيفة تعلن للخصم جعل الميعاد واحداً ، وقدر زمنه بثلاثة أشهر من تاريخ إعلان الحكم المطعون فيه ، ونص على أن الميعاد كامل (سيمونيه فقرة ٣٥)

(١) يمتد الميعاد لذلك فى فرنسا (ملحق دالوز فقرة ٢٣١) ولكن قضت محكمة النقض البلجيكية بعدم امتداده للعطلة (راجع شويفن ص ٣٣٧ وسيمونيه ص ٤١ وهامش ٢) .

(٢) ن . م . م ٢٢ نوفبر سنة ١٩٣٤ (القانون والاقتصاد س ٥ رقم ٨ ص ١٨ والمحاماة س ١٥ ق ١ ص ١٦٥) . وقد جاءت المادة الخامسة من القانون البلجيكى الصادر فى ٢٥ فبراير سنة ١٩٢٥ بالنص على ذلك ، وعلى أن الميعاد لا يبتدئ فى حق ورثة الطاعن إلا من يوم إعلان الحكم للورثة (سيمونيه فقرة ٤٠)

وكما قلنا من قبل إن وفاة الطاعن توقف ميعاد رفع الطعن ، كذلك نقول الآن إن هذه الوفاة توقف ميعاد إعلان الطعن للخصوم ، فعلة وقف الميعاد واحدة في الأمرين ، وقد سبق الإلماع إليها في الفصل المعقود لميعاد الطعن في الأحكام .

أما موت من يجب إعلانه بالطعن فلا يوقف الميعاد على الطاعن ، لأنه يجب على كل مدع وطاعن أن يراقب ما يطرأ على خصومه من وفاة أو تغير في الصفة قبل اختصامهم وإعلانهم ليعلن من يصح اختصامه قانوناً بصفته التي يجب أن يتصف بها[1] . فإن وجد الطاعن أن خصمه قد توفى أو بلغ الرشد أو رفع عنه الحجر كان عليه إعلان الورثة في الصورة الأولى ، أو من بلغ الرشد أو رفع الحجر عنه في الصورتين الثانية والثالثة . على أنه بالنظر إلى قصر ميعاد الإعلان واحتمال أن لا يبلغ الطاعن خبر موت خصمه ، فقد رأى المستشار فاى أن يكون لمحكمة النقض ألا تغلق على الطاعن ميعاد إعلان الطعن وأن تقبل عذره إذا وقع هذا الإعلان للورثة بعد انقضاء الميعاد ، وكان للطاعن في هذا التأخير[2] عذر مقبول .

د — ما يترتب على مخالفة هذه الإجراءات

٣٠١ — إن عدم قيام الطاعن بإعلان الطعن لخصمه بورقة من أوراق المحضرين وبالأوضاع العادية يبطل الطعن بطلاناً جوهرياً ، ولمحكمة النقض أن تقضي به من تلقاء نفسها . أما ما تكون قد اشتملت عليه ورقة الإعلان من أوجه البطلان باعتبارها ورقة من أوراق المحضرين ، فإن التمسك به يزول إذا لم يبده المدعى عليه في مذكرة دفاعه قبل الرد على أسباب الطعن[3] . فإذا ناقش

(١) فاى ص ٢٤٤ وسيمونيه فقرة ٤٠ ص ٤٤

(٢) فاى ص ٢٤٥ وراجع في تقرير وقف هذا الميعاد في الأحوال القهرية تعليقات دالوز فقرة ٤٧٤٥ إلى ٤٧٥٥

(٣) جارسونيه ص ٧٣٣ و ص ٧٣٤ هامش ٣٧ وفاى ص ٢٤٨ وهامش ١٦ و ن . ف ١٢ مارس سنة ١٩٢٨ (دالوز الأسبوعية ١٩٢٨ رقم ٣٠٥)

هذه الأسباب فإنه لا يكون له أن يبدى فى مذكرة الرد أوجه البطلان التى يتراءى له التمسك بها .

وكذلك قد رتب الشارع البطلان على عدم إعلان الطعن فى ميعاده إلى من يجب إعلانهم به (المادة ١٧) . بل إن سقوط الحق فى الطعن بفوات ميعاد الإعلان هو من النظام العام ، فيكون لمحكمة النقض أن تقضى به من تلقاء نفسها[1] .

وينبغى فى التقرير بوقوع اعلان الطعن صحيحاً فى ميعاده أو بعدم وقوعه كذلك مراعاة أن آثار إعلان الطعن كآثار الطعن نفسه هى نسبية بين من قام بالإعلان ومن حصل له الإعلان — وعلى ذلك إذا تعدد الطاعنون أو تعدد المدعى عليهم فى الطعن وجب أن يقع الإعلان بناء على طلب الأولين لكل من الآخرين فى الميعاد ، فإن حصل الإعلان فى الميعاد بناء على طلب بعض الطاعنين فقط سقط حق الباقين فى الطعن إذا وقع الإعلان منهم بعد انقضاء الميعاد . وكذلك إذا صح إعلان بعض المدعى عليهم فى الميعاد ولم يصح إعلان الباقين فيه سقط الطعن فى حق هؤلاء وصح فى حق الأولين . وقد بينا من قبل أنهم يستفيدون من ذلك فى حالات التضامن وعدم التجزئة والضمان .

الفرع الرابع

فى تحضير الطعن وتحقيقه بقلم الكتاب

٣٠٢ — فى القانون الفرنسى : تبتدئ إجراءات تحضير الطعن بين طرفى الخصوم منذ إعلان الحكم الصادر من دائرة العرائض بتقديم الطعن إلى الدائرة المدنية ، فيكون على محامى الطاعن أن يودع بإحدى خزائن الدولة كفالة

(١) تيسييه ص ٥١٠ وهامش ٤ وتقول محكمة النقض البلجيكية إنه ما دامت محكمة النقض قد أنشئت لمراقبة تطبيق القانون ، فالمواعيد المتعلقة بالاجراءات أمامها تكون حتمية وسقوط الحق المترتب على تجاوزها يكون من النظام العام (ن . ب ٢٠ مايو سنة ١٨٧٣ و ٤ مارس سنة ١٨٧٥ شويفن ص ٣٤٧)

جديدة قدرها مائة وخمسون فرنكا إذا كان الحكم المطعون فيه حضوريا ، ونصف ذلك إذا كان الحكم غيابيا ، ثم يودع بقلم كتاب محكمة النقض السند الدال على إيداع الكفالة وصورة الحكم الصادر من دائرة العرائض ، وأصل إعلان هذا الحكم للخصوم وعريضة الطعن والمذكرة التي سبق له تقديمها لدائرة العرائض ، والحكم المطعون فيه ، والمستندات المؤيدة لطعنه[1] . والطاعن بقيامه بهذا الإجراء يعتبر أنه قد حضر أمام محكمة النقض وطلب منها أن تحكم له بقبول طعنه وبنقض الحكم المطعون فيه[2] ، سواء أحضر بعد ذلك بالجلسة أم لم يحضر[3] .

ويكون على المدعى عليه في الطعن — في ميعاد شهر من تاريخ إعلانه بالحكم الصادر من دائرة العرائض — أن يختار له محامياً من المحامين المقبولين أمام محكمة النقض يقوم عنه بايداع مستنداته ومذكرة بدفاعه . ويعتبر المحامي الذي يتسلم من موكله الصورة التي أعلنت له من حكم دائرة العرائض أنه أصبح وكيلا في الحضور عنه أمام محكمة النقض .

فاذا لم يقم الطاعن بايداع مستنداته المتقدمة الذكر كان للمدعى عليه — بعد انقضاء شهرين من تاريخ إعلان مذكرته للطاعن — أن يأخذ من قلم الكتاب شهادة بذلك في ظرف ثمانية الأيام التالية[4] ويقدمها لرئيس المحكمة ليحدد له الجلسة التي يحكم فيها في القضية بالحالة التي هي عليها . ويندر أن تصدر المحكمة حكمها بنقض الحكم المطعون فيه ، بل الغالب أنها تحكم بسقوط حق الطاعن في تقديم مستنداته ويسمى حكمها هذا « arrêt par forclusion » وهو حكم حضوري لا يجوز الطعن فيه[5] .

---

(١) جارسونيه فقرة ٤٢٥ وهوامشها وفاى فقرة ٢١٨ وهامش ١٨

(٢) فاى فقرة ٢١٨ ص ٢٠١ وتيسييه ص ٥١٦ وهامش ٥ وجارسونيه ص ٧٤٠ وهامش ٢

(٣) تعليقات دالوز فقرة ١١٧ه .

(٤) المادة الأولى من الباب الثاني من الكتاب الثاني من لائحة سنة ١٧٣٨ (نصها في ربرتوار دالوز ص ١٣ بالهامش)

(٥) فاى فقرة ٢٢٠ ص ٢٠٤ وجارسونيه فقرة ٤٣٠ ص ٧٤٤ — ٧٤٥

أما إذا كان المدعى عليه هو الذى لم يقدم مذكرته ومستنداته فى الميعاد المعطى له ، فلمحامى الطاعن أن يسير فى إجراءات طلب الفصل فى الطعن فى غيبة المدعى عليه ، فيأخذ من قلم الكتاب شهادة دالة على عدم قيام الخصم بتقديم مذكرته فى الميعاد ، ويلحق هذه الشهادة بصورة الحكم الصادر من دائرة العرائض وأصل إعلان هذا الحكم وما يرى لزوم تقديمه من المستندات ، ثم يطلب من رئيس المحكمة تحديد الجلسة التى ينظر الطعن فيها أمام المحكمة لتحكم فيه فى غيبة الخصم[1] .

وانقضاء الميعاد المعطى للمدعى عليه لاختيار محاميه وتقديم دفاعه لا يمنعه من أن يطلب من رئيس المحكمة سحب إجراءات الغيبة المتقدمة الذكر والسماح له بتقديم مذكرته ومستنداته فى ميعاد آخر يحدده له ، والغالب أن رئيس المحكمة يستجيب له فيعطيه ميعاداً آخر لا يتجاوز خمسة عشر يوماً فى القضايا المستعجلة وشهراً فى غيرها[2] . فإن انقضى هـذا الميعاد ولم يقدم شيئاً سير فى إجراءات الغياب وأصدرت المحكمة حكمها الغيابى فى الطعن .

فإن قام كل من طرفى الخصومة بواجبه من إيداع مستنداته ومذكرته ، سارت إجراءات التحضير الكتابية الحضورية بين الطرفين . وهى تنتهى بعرض الأوراق على أحد المستشارين ليقدم تقريراً كتابيا لا يظهر فيه رأيه ، ثم على النيابة لتضيف إلى ملف القضية مذكرتها الختامية ، ثم على رئيس المحكمة ليحدد جلسة المرافعة على مثال ما تسير فيه القضية أمام دائرة العرائض[3] .

٣٠٣ — *فى القانون المصرى* : ولقد أخذ الشارع المصرى فى تفاصيل الإجراءات المتعلقة بايداع المستندات والمذكرات بقواعد إجراءات التحقيق

---

(١) المادة ٨ من الباب الثانى من الكتاب الثانى من لائحة سنة ١٧٣٨ والمادة السابعة من قانون ٢ يونيه سنة ١٨٦٢ (فاى فقرة ٢١٧ ص ٢٥٠)

(٢) المادة ٢١ من الأمر العالى الصادر فى ١٥ — ١٩ يناير سنة ١٨٢٦ وقد نشر نصها فى ربرتوار دالوز ص ٤٥ بالهامش .

(٣) انظر فاى فقرة ٢٢١ وما بعدها فى شرح باقى الإجراءات .

الكتابى التى أخذ بها القانون الفرنسى والقانون البلچيكى الصادر فى ١٥ مارس سنة ١٨١٥[١] . لكنه إذ لم ير جواز الطعن بالمعارضة فى الأحكام الغيابية التى تصدرها محكمة النقض (الفقرة الأولى من المادة ٣٢ من قانون إنشاء محكمة النقض) ، وإذ لم ير فائدة ما من السير بالطعن فى إجراءات خاصة فى صورة ما إذا لم يودع الطاعن مذكرته ومستنداته فى الميعاد ، رأى أن لا ينقل عن القانون الفرنسى ما جاء به من الإجراءات الخاصة بتحضير الطعن فى غيبة المدعى عليه ولا ما جاء به من إجراءات تعجيل نظر الطعن إذا لم يقم الطاعن بايداع ما يجب عليه إيداعه من المستندات ومذكرة الدفاع . ولهذا انحصرت إجراءات تحضير الطعن وتحقيقه فى إيداع كل من الطاعن وخصومه مذكرته ومستنداته فى ميعاد معين فان لم يقدم الطاعن شيئاً يسار فى الاجراءات كما يسار فيها لو أن المدعى عليه هو الذى لم يقدم دفاعه . ومتى انتهت المواعيد وأقفل باب المرافعة أحيلت القضية على الجلسة لتحكم فيها المحكمة على مقتضى الأوراق الكتابية المقدمة وبالحالة التى تكون عليها .

أما تفصيل هذه الإجراءات فهو :

ا — ما يجب على الطاعن إيداعه من الأوراق

٣٠٤ — تنص المادة ١٨ من القانون على أنه يجب على الطاعن أن يودع قلم كتاب محكمة النقض فى ميعاد عشرين يوماً على الأكثر من تاريخ الطعن الأوراق الآتية :

أولا — أصل ورقة إعلان الطعن إلى الخصوم .

ثانيا — صورتين مطابقتين للأصل من الحكم المطعون فيه .

ثالثا — مذكرة مكتوبة بشرح أسباب الطعن المفصلة فى التقرير .

---

(١) نشر شويفن هذا القانون بكتابه فى ص ٨٤٠ وما بعدها .

رابعا — المستندات المؤيدة للطعن عند الاقتضاء .

ويعتبر هذا الايداع[(١)] بمثابة حضور الطاعن أمام محكمة النقض وطلبه منها الحكم له بطلباته[(٢)] .

(أولا) أما إيداع أصل ورقة إعلان الطعن للخصوم فالغرض منه تمكين المحكمة من التحقق من حصول هذا الاعلان صحيحاً فى الميعاد المحدد له قانوناً ، حتى إذا رأت أنه وقع باطلا أو حصل بعد فوات الميعاد ، حكمت ببطلان الطعن طبقاً لنص المادة ١٧ من القانون .

وإيداع هذه الورقة فى الميعاد هو من الإجراءات الجوهرية التى تلتزم مراعاتها وتستوجب مخالفتها الحكم بعدم قبول الطعن . وفى ذلك قالت محكمة النقض[(٣)]: « إن القانون بعد أن أوجب على كل طاعن بنص المادة ١٧ أن يعلن طعنه لخصمه بالأوضاع المعتادة فى إعلان أوراق المحضرين فى الخمسة عشر يوماً التالية لتقرير الطعن ، وإلا كان الطعن باطلا ، أوجب عليه كذلك أن يودع

(١) قد فصل القانون البلجيكى المتقدم الذكر كيفية إيداع المستندات بقلم الكتاب (أما المذكرات فقد أمر باعلانها للخصوم فى تفصيل لا محل لذكره) فنص بالمادة ٢٠ على أن الايداع يكون بالتأشير على كل ورقة من الكاتب المختص بأنها أودعت فى تاريخ كذا وبالتوقيع من هذا الكاتب على تأشيره ، كما نص على أن الورقة لا تعتبر قد أودعت وأصبحت من أوراق الدعوى إلا إذا حصل إثبات إيداعها بالكيفية المتقدمة الذكر .

وإذ كان المعروف فى لغة قانوننا أن الايداع هو غير التقديم ، وأنه يجب أن يحرر به محضر يوقعه المودع والكاتب المختص ، فاننا نرى أن يحصل إيداع الأوراق والمستندات بتحرير محضر بايداعها على نحو ما يودع به خبير الدعوى محضر أعماله وتقريره . وهذا النظر يؤكده عندنا أن قانوننا جعل تقديم المذكرات الكتابية الموقع عليها من المحامين مناط حضور الخصوم فى الدعوى ، فقرر فى الفقرة الثانية من المادة ٢٦ أن ليس للخصوم الذين لم يودع باسمهم مذكرة كتابية الحق فى أن ينيبوا عنهم محامياً بالجلسة . ولكن العمل جار على قيام كتبة المحامين بتقديم المستندات والمذكرات بقلم الكتاب بنفس الطريقة التى تقدم بها لدى محكمة الاستئناف .

(٢) فاى فقرة ٢٢٨ ص ٢٥١ وسيمونيه فقرة ٨٣ . ولذا أوجبنا أن يقوم المحامى نفسه بهذا الايداع .

(٣) ن . م . م ٢٢ نوفبر سنة ١٩٣٤ (القانون والاقتصاد س ٥ رقم ٨ ص ١٨ والمحاماة س ١٥ ق ١ رقم ٨١ ص ١٦٥)

فى قلم كتاب محكمة النقض فى ميعاد عشرين يوماً على الأكثر من تاريخ الطعن أصل ورقة إعلان الطعن للخصوم . . . وبما أن القانون إذ أتى من بعد فأوجب على النيابة ملاحظة كون هذاالإجراء ، هو وغيره من الاجراءات المنصوص عليها فى المواد ١٥ وما يليها ، قد روعيت (المادة ٢٢) ومنع محكمة النقض بنص المادة ٢٧ من قبول الأوراق مطلقا والمذكرات مبدئيا بعد المواعيد المحددة فى المواد ١٨ و ١٩ و ٢٠ — فقد دل بذلك على أن إيداع الطاعن ورقة الطعن للخصم بقلم كتاب المحكمة فى الميعاد المحدد قانوناً هو من الاجراءات الهامة التى يترتب على انقضاء المواعيد المحددة لها سقوط الحق فى الإجراء » .

(ثانيا) أما الحكم المطعون فيه فهو محل الطعن ، ولذلك وجب على الطاعن تقديم صورة منه حتى تستطيع المحكمة التحقق من صحة الأسباب التى بنى عليها الطعن . ويجب بالبداهة أن تكون صورة الحكم المقدمة كاملة شاملة لكل أجزائه ومصدقاً عليها من قلم كتاب المحكمة التى أصدرت الحكم بأنها طبق الأصل ، فلا يغنى عن تقديم هذه الصورة تقديم صورة مصدق عليها من المحامى بأنها طبق الأصل ، أو تقديم شهادة مستخرجة من قلم الكتاب عن مضمون الحكم[1] ، أو تقديم صورة من حكم آخر تتضمن نص الحكم المطعون فيه .

وتقديم تلك الصورة الرسمية الكاملة من الحكم المطعون فيه فى الميعاد هو كذلك إجراء من الاجراءات الجوهرية التى يترتب على مخالفتها الحكم بعدم قبول الطعن[2] .

---

(١) فاى ص ٢٣٢ و ن . ف ٨ أغسطس سنة ١٨٤٨ (د ٤٩ — ١ — ٢٤) وسيمونيه فقرة ٨٣

(٢) فاى ص ٢٣١ و ع . ف ٢٠ أبريل سنة ١٨٤٦ (د ٤٦ — ١ — ١٤٤) وفى قضية أمام محكمة النقض المصرية لم يقدم فيها الطاعن صورة الحكم المطعون فيه فدفعت النيابة ببطلان الطعن شكلا بانية دفعها على أن القانون وإن لم ينص على البطلان فى مثل هذه الحالة ، إلا أن إيداع صورة الحكم المطعون فيه هو من الإجراءات الجوهرية التى لا غنى عنها لإمكان نظر الطعن وقبوله شكلا ، كما أنه متعلق بالنظام العام . فحكمت محكمة النقض برفض هذا =

ولقد أوجب الشارع الفرنسى إيداع صورتين مطابقتين لأصل الحكم المطعون فيه . والأصل فى ذلك أن المادة الرابعة من الباب الرابع من الكتاب الأول من لائحة ١٧٣٨ كانت توجب على الطاعن تقديم صورة الحكم التى أعلنت له من خصمه أو صورة رسمية مطابقة لأصله و إلا كان طعنه غير مقبول ، فلما لوحظ أن الغالب فى الصور المعلنة أن تكون رديئة الخط ولا تقرأ بسهولة ، رأى الشارع أن يوجب على محامى الطاعن تقديم صورة ثانية مقروءة يصدق عليها أنها طبق الأصل[١] ، ولكنه لم يرتب على عدم تقديمها الحكم بعدم قبول الطعن شكلا ، ولهذا كان لمحكمة النقض أن تحكم برفض الطعن ، أو تأمر قلم الكتاب باستخراج صورة رسمية من الحكم المطعون فيه على مصاريف الطاعن[٢]و[٣] .

═ الدفع وبقبول الطعن شكلا ، وقالت فى أسباب حكمها إن القانون قد نص صراحة على بطلان الطعن شكلا فى حالتين وهما الواردتان فى المادة ١٥ والمادة ١٧ منه ... وترى المحكمة أنه لو كان الشارع أراد اعتبار إيداع صورة الحكم المطعون فيه من الإجراءات الجوهرية التى لا بد منها لقبول الطعن شكلا ، وأراد ترتيب البطلان على عدم القيام به لنص على ذلك فى صراحة أيضاً ، وغاية ما فى الأمر أنه اعتبره من قبيل تقديم المستندات المؤيدة لموضوع الطعن . ومما قد يؤيد هذا الاستنتاج ما جاء فى المذكرة الإيضاحية لقانون إنشاء محكمة النقض ونصه ما يأتى : « وفى المواد ١٨ إلى ٢٧ تفاصيل الإجراءات المتعلقة بايداع المستندات ومذكرات الخصوم على وجه يمنع ضياع وقت المحكمة فى إعداد القضايا لجعلها صالحة للحكم » . ومؤدى ذلك أن إيداع الحكم المطعون فيه — كإيداع غيره من المستندات — ما هو إلا إجراء يقصد به توفير العناصر اللازمة لجعل القضية صالحة للحكم فى موضوعها ، ولا علاقة له بالإجراءات الشكلية ، فاذا أهمل الطاعن تقديم صورة الحكم فى الميعاد القانونى ترتب على إهماله هذا عدم تمكن محكمة النقض من معرفة مبلغ الطعن من الحقيقة ، ولا يسعها فى هذه الحالة سوى رفضه موضوعا لأنه يعتبر بغير دليل (ن . م . م ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحاماة س ١٢ رقم ٣٠٧ ص ٦٠٧ والقانون والاقتصاد س ٣ رقم ٣٠ ص ١٩ ومج س ٣٣ رقم ١٢ ص ٢٣)

(١) المادة ١١ من الأمر العالى الصادر فى ١٥ يناير سنة ١٨٢٦ (ربرتوار دالوز ص ٤٥ بالهامش)

(٢) جارسونيه فقرة ٤٠٧ وهامش ٣

(٣) والمادة ١٠ من القانون البلجيكى الصادر فى سنة ١٩٢٥ لم توجب إلا تقديم صورة الحكم المطعون فيه المعلنة فقط .

أما شارعنا فقد أوجب على الطاعن تقديم صورتين مطابقتين لأصل الحكم المطعون فيه ، ولم يتعرض مطلقاً لترتيب جزاء على التقصير فى هذا الواجب . ونظن أنه إذا لم يقدم إلا صورة واحدة فانه يجوز لمحكمة النقض أن تكلف قلم الكتاب باستخراج صورة أخرى على مصاريف الطاعن ، أو أن تلزمه بمثل مصاريف الصورة المقدمة إذا كانت هذه مقروءة ولم ينازع فى مطابقتها أحد من الخصوم[١] .

وظاهر أنه إذا تعدد الحكم المطعون فيه كان على الطاعن أن يقدم صورتين عن كل حكم طعن فيه ؛ أما إذا تعدد الطاعنون فى حكم واحد ، فلا يكون عليهم جميعاً إلا تقديم صورتين منه ، حتى لو اختلفت مصالحهم ووجبت عليهم كفالات متعددة[٢] .

(ثالثا) وعلى محامى الطاعن إيداع المستندات الضرورية التى تمكن محكمة النقض من فحص الطعن وتقدير الأسباب التى بنى عليها . ولقد فهمت محكمة النقض من نص المادتين ١٨ و ٢٧ من القانون أن المحامين هم المكلفون بإيداع المستندات المؤيدة لطلباتهم ، وأن ليس عليها أن تطلب من أيهم أى مستند تراه هى لازماً ، ولا أن تأمر بضم ملف الدعوى ، لأن وظيفتها تنحصر فى الحكم فى الطعن على مقتضى الأوراق والإجراءات الكتابية[٣] ، فان لم يقدم الطاعن

---

(١) ن . م . م ٣٠ مايو سنة ١٩٣٥ (القانون والاقتصاد س ٥ رقم ٧١ ص ٢٥٧ — ٢٥٨ والمحاماة س ١٦ رقم ٥٥ ص ١٢٤) وقد جاء به أن تقديم الطاعن لكل من الصورتين المطابقتين للأصل من الحكم المطعون فيه ليس من الاجراءات الجوهرية التى تستوجب مخالفتها عدم قبول الطعن شكلا ، وإنما هو إجراء قصد به توفير العناصر اللازمة لجعل القضية صالحة للحكم فى موضوع الطعن ، بحيث أن إحدى الصورتين إذا كانت هى وحدها المقدمة فقط فى الميعاد فانه يكون للمحكمة أن تقضى بقبول الطعن شكلا وتلزم الطاعن بمصاريف صورة أخرى من الحكم إذا أمسك عن تقديم تلك الصورة الأخرى ، فاذا هو قدمها فتأخر فى تقديمها فذلك لا يستوجب جزاء ما .

(٢) جارسونيه فقرة ٤٠٦ ص٧٠٦ هامش ٣ وفاى ص ٢٣١ — ٢٣٢ و ن . ف ٤ يونيه سنة ١٨٤٤ (س ٤٤ — ١ — ٧٢٣)

(٣) ن م . م ١٧ نوفبر سنة ١٩٣٢ (القانون والاقتصاد سنة ٣ رقم ٦٨ ص ٥٠ والمحاماة س ١٣ رقم ١٩٧ ص ٣٩٥)

ما يحتاج إليه طعنه من المستندات المؤيدة له قضت محكمة النقض برفض طعنه .
فيجب عليه إذن تقديم العقد الذى يدعى أن الحكم المطعون فيه قد مسخه أو خالف القانون فى عدم الأخذ به ، والحكم السابق صدوره فى الدعوى الذى يدعى أن الحكم المطعون فيه قد صدر على خلافه ، وكذلك صورة الحكم الابتدائى[1] وصور أوراق المرافعات والمذكرات كلما كانت ضرورية ومؤيدة للطعن أو لدفع دفاع خصمه .

وبناء على ذلك قضت محكمتنا : (١) بأنه إذا طعن فى الحكم الصادر من محكمة الاستئناف بتحليف اليمين ، وفى الحكم الصادر بعد ذلك على أساس الحلف فى موضوع الدعوى ، وكانت أسباب الطعن كلها متعلقة بالحكم الأول منهما ، وجب على الطاعن أن يقدم صورة من الحكمين والمستندات المؤيدة لأسباب الطعن . فان لم يقدم إلا صورة الحكم الأخير وكانت هذه الصورة خالية من كل ما تحتاج إليه محكمة النقض للتحقق من صحة الطعن وقيام أسبابه ، جاز الحكم برفض الطعن[2] (٢) وبأن الطعن الموجه إلى حكم استئنافى مؤيد حكما ابتدائيا لأسبابه هو فى الواقع طعن موجه إلى الحكم الابتدائى ، ولذلك فلا يجوز النظر فيه إلا مع تقديم صورة الحكم الابتدائى الذى هو متمم للحكم الاستئنافى ومكون معه كلا غير قابل للتجزئة ، إذ بدون الاطلاع عليه لا يتسنى لمحكمة النقض استعمال مالها من سلطة الرقابة القانونية[3] (٣) وبأنه إذا طعن طاعن على حكم بحصول خطأ فى تطبيق القانون ولم يقدم صورة الحكم المطعون فيه

---

(١) ولا يكفى تقديم صورة من الحكم الاستئنافى المطعون فيه إذا أيد الحكم المستأنف وأخذ بأسبابه (فاى س ٢٣٢)

(٢) ٣ ديسمبر سنة ١٩٣١ (المحاماة س ١٢ ص ٤١٥ رقم ٢١١ والقانون والاقتصاد س ٣ رقم ١٤ ص ٩ ومج س ٣٣ رقم ٣١)

(٣) ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ (المحاماة س ١٢ رقم ٢٥٢ ص ٥١٠ والقانون والاقتصاد س ٣ رقم ٢١ ص ١٤) و ٢٦ مايو سنة ١٩٣٢ (المحاماة سنة ١٣ رقم ١٨ ومج س ٣٣ رقم ١)

ولم يرد على مذكرة خصمه المنقول فيها عن هذا الحكم مايدل على عدم حصول خطأ في تطبيق القانون ، جاز لمحكمة النقض أن تقضى بعدم قبول هذا الطعن موضوعا لقيامه على غير أساس[1] . (٤) وإذا أخذت محكمة الاستئناف بأسباب الحكم المستأنف الذى أيدته وألحقت هذه الأسباب بأسباب من عندها ، فيتعين على من أراد أن يطعن في هذا الحكم بطريق النقض أن يودع مع صورته الرسمية صورة رسمية كذلك من الحكم المستأنف ، خصوصاً إذا كان الخطأ المزعوم وقوعه في تطبيق القانون لم يكن إلا في الأسباب التى زادتها محكمة الاستئناف ، لأن مثل هذا الخطأ يجوز أن يكون مما يصح صرف النظر عنه إذا كان الحكم يستقيم على ما يكون به أو بالحكم المستأنف من الأسباب الأخر الموضوعية المنتجة لصحته قانوناً[2] . (٥) وإذا طعن على حكم صادر بتعويض بزعم أن وقائعه لا تتسق مع ما هو ثابت في الإنذار بتنفيذ التعهد الذى اعتبره الحكم دليلا على وقوع الضرر من تاريخ صدوره ولا مع ما هو ثابت في تقرير الخبير الذى عين في الدعوى ، فينبغى على الطاعن تدعيما لطعنه أن يقدم صورة الإنذار الموجه إليه وصورة تقرير الخبير ، وإلا فلا سبيل لمحكمة النقض إلى التحقق من صحة المدعى به من تخاذل الحكم في هذا الشأن[3] .

(رابعاً) وعلى محامى الطاعن أن يودع قلم الكتاب نسختين من مذكرة مكتوبة موقع عليهما منــه يشرح فيها أسباب الطعن التى فصلها في تقريره . ولا يجوز له أن يضيف إلى هذه الأسباب أسباباً أخر ، وما يضيفه من ذلك يكون غير مقبول . إنما يكون للطاعن — لو كان ميعاد الطعن لا يزال ممتدا — أن

(١) ٣ نوفبر سنة ١٩٣٢ (القانون والاقتصاد س ٣ رقم ٦٤ ص ٤٧ ومج س ٣٤ رقم ٢٠٥ ص ٤٢٤)

(٢) ١٤ فبراير سنة ١٩٣٥ (المحاماة س ١٥ رقم ١١٦ ص ٢٤٧)

(٣) ٧ نوفبر سـنة ١٩٣٥ (القانون والاقتصاد س ٦ رقم ٩ والمحاماة س ١٦ رقم ٢١٠ ص٤٨٦)

يقدم طعناً آخر بهذه الأسباب الجديدة ثم يطلب ضم الطعنين[1] .

ولا يترتب على عدم تقديم هذه المذكرة الشارحة لأسباب الطعن عدم قبول الطعن شكلا ، وإنما يترتب عليه أن لا يستطيع الطاعن ولا محاميه الحضور بجلسة المرافعة الشفوية ليستوفى ما عسى أن يريد إضافته من الشرح إلى تقرير الطعن ، لأن المادة ٢٦ تنص على أن ليس للخصوم الذين لم يودع باسمهم مذكرة كتابية الحق فى أن ينيبوا عنهم محامياً فى الجلسة .

الميعاد الواجب فيه على الطاعن تقديم مذكرته ومستنداته

٣٠٥ — يجب على الطاعن تقديم مذكرته ومستنداته المتقدمة الذكر فى ميعاد عشرين يوما من تاريخ الطعن أى من تاريخ التقرير به .

وإذا لم يكن هـذا الميعاد كاملاً فإنه لا يمتد إلى اليوم التالى لانقضائه ، ولـكنه ميعاد حتمى يترتب على تجاوزه سقوط الحق فى الاجراء الذى جعل ظرفاً له (المـادة ٢٧) .

ولا يضاف الى هذا الميعاد ميعاد مسافة ، لأننا قد أضفنا من قبل للطاعن إلى ميعاد الطعن مواعيد المسافة القانونية ، وهو بعـد أن اختار محاميه وقرر المحامى عنه الطعن بقلم الـكتاب وأعلن ورقته لخصمه لا حق له فى ميعاد مسافة آخر . وقد قالت فى ذلك محكمتنا فى حكمها الذى أصدرته فى ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٣٤ « إن الطاعن لا يستحق أن يضاف له ميعاد مسافة آخر من محل إقامته إلى قلم كتاب محكمة النقض لإيداع أوراقه ومذكرة دفاعه بعد أن أضيف له هذا الميعاد

(١) وليس الأمر كذلك فى القانون الفرنسى ، إذ يجوز للطاعن أن يضمن مذكرته ما شاء من الأسباب ، بل إن له — مادام ميعاد الطعن ممتدا — أن يطلب فى مذكرته نقض ما لم يكن قد طعن فيه من أجزاء الحـكم المطعون فيه (فاى ص ٢٣٠ وجارسونيه فقرة ٤١٠ ص ٧٤٥)

أما فى بلجيكا فالأمر كما هو فى مصر (سيمونيه فقرة ٨٩)

على ميعاد التقرير بالطعن ، وقد بلغ به هذا القلم فعلا وقرر طعنه فيه ، وأصبح لا يستحق سوى ما يلزم من الوقت لتحضير أوراقه ومستنداته ومذكرة دفاعه وإيداعها بقلم الكتاب ، وقد حدد القانون هذا الوقت بعشرين يوماً تبتدئ من تاريخ الطعن ، ولا علة لإعطائه ميعاد مسافة جديداً يضاف إلى هذا الميعاد »[1] .

ب — ما يجب على المدعى عليه إيداعه من الأوراق وفي أي ميعاد يكون هذا الإيداع ؟

٣٠٦ — متى أعلن تقرير الطعن للمدعى عليه ، سواء تضمن هذا الاعلان تكليفه بالحضور لقلم الكتاب لإيداع مذكرته ومستنداته أو لم يتضمن — فانه يعتبر مكلفاً قانوناً بهذا الحضور . فإن بدا له الحضور وتقديم دفاعه فعليه أن يوكل عنه محامياً مقبولاً أمام محكمة النقض يودع باسمه نسختين من مذكرة مكتوبة بدفاعه مشفوعة بالمستندات التي يرى لزوم تقديمها . وبهذا الايداع يعتبر المدعى عليه قد حضر أمام محكمة النقض وطلب الحكم له بطلباته في الطعن ، كما اعتبر إيداع الطاعن أوراقه بمثابة حضوره أمام هذه المحكمة .

أما الميعاد الذي منحه القانون للمدعى عليه لإيداع مذكرته ومستنداته فهو ثلاثون يوماً[2] من تاريخ إعلان الطعن[3] (المادة ١٩ من القانون)

وهو ميعاد حتمي يترتب على تجاوزه سقوط حق المدعى عليه في إيداع

(١) ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٣٤ (القانون والاقتصاد س ٥ رقم ٨ ص ١٨ والمحاماة س ١٥ ق ١ ص ١٦٥)

(٢) هذا الميعاد هو ثلاثة أشهر في القانون البلجيكي الصادر في سنة ١٩٢٥ (سيمونيه فقرة ١١٣)

(٣) ليت المشرع جعل مبدأ هذا الميعاد من تاريخ انقضاء الميعاد المحدد للطاعن لتقديم مذكرته ومستنداته ، حتى يتمكن المدعى عليه من الانتفاع بكل الميعاد في الرد على خصمه بعد اطلاعه على حججه ومستنداته .

مذكرته (المادة ٢٧) ، ويترتب على عدم إيداعه مذكرته ألا يكون له الحق فى أن ينيب عنه محامياً بجلسة المرافعة (المادة ٢٦) .

ولقد حاول أحد المحامين الحضور بجلسة المرافعة عن مدعى عليه غاب أثناء تحضير القضية وتحقيق الطعن بقلم الكتاب ، معتذراً عن غيابه مطالباً أخذه بما ورد بالقانون الفرنسى من قواعد التيسير التى عامل بها الغائب من سحب إجراءات الغياب والرجوع بالقضية إلى التحضير ، فلم تقبل المحكمة وأصدرت عن أودة مشورتها حكما قررت فيه أن « ليس لأى مدعى عليه لم يعين له محامياً يقدم باسمه لقلم الكتاب مذكرة كتابية بدفاعه فى الميعاد المحدد له قانوناً ، أن يطلب من المحكمة الإذن له أو لمحام يعينه بعد فوات هذا الميعاد ، فى الحضور بجلسة المرافعة ليقدم عنه دفاعه بالجلسة شفويا أو بمذكرة يقدمها »[1] .

وقد صرح القانون بخصوص هذا الميعاد بزيادة مواعيد المسافة ، لأنه هو فى واقع الأمر ميعاد تكليف للمدعى عليه بالحضور لقلم الكتاب لإيداع مستنداته ومذكرته . وفى ذلك تقول محكمة النقض فى حكمها السابق الذكر (حكم ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٣٤) انه إذا كان الشارع قد نص فى الفقرة الأولى من المادة ١٩ على أحقية المدعى عليه فى الطعن فى زيادة ميعاد مسافة على الميعاد الذى أعطى له لإيداع مستنداته ومذكرة دفاعه ، فذلك لأن هذا الميعاد هو فى حقيقة الأمر ميعاد تكليف بالحضور يجب تمشيا مع نص المادة ١٧ من قانون المرافعات أن يضاف إليه حتما ميعاد المسافة بين محل المدعى عليه الذى أعلنت له فيه ورقة الطعن و بين الجهة التى ينبغى أن يحضر ويعمل فيها عملا قضائيا معيناً ، وهذه الجهة هى قلم الكتاب وذلك العمل القضائى هو الحضور لهذا القلم وإيداع أوراقه ومذكرة دفاعه به . فإضافته ميعاد المسافة فى هذه الصورة للمدعى عليه أمر واجب بحسب القواعد العامة

---

(١) ن . م . م ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣١ (المحاماة س ١٢ ص ٨٢٠ رقم ٣٥٨ والقانون والاقتصاد س ٣ رقم ٢٩ ص ١٩ ومج س ٣٣ رقم ٣٣ ص ٦٠)

حتى ولو كان الشارع لم ينص عليه . والظاهر أنه إنما اضطر للنص عليه ليقطع سبيل المقارنة بين الميعاد الذى أعطى للمطعون ضده لإيداع مستنداته ومذكرة دفاعه بقلم الكتاب ، و بين الميعاد الذى أعطى للطاعن بالمادة ١٨[١] لإيداع أوراقه ومستنداته ومذكرة دفاعه فى ذلك القلم ، تلك المقارنة التى قد تكون مدعاة للبس ما دامت علة إعطاء الميعاد واحـــدة ، وهى إيداع الأوراق والمستندات والمذكرات بقلم الكتاب .

ج — تبادل المذكرات بالرد بين الخصوم

٣٠٧ — قد أجازت الفقرة الثانية من المادة ١٩ لرافع الطعن أن يقدم مذكرة بالرد على مذكرة المدعى عليه فى مدة خمسة عشر يوماً من انتهاء الميعاد المعطى للمدعى عليه لتقديم مذكرة بدفاعه .

وأجازت الفقرة الثالثة من هذه المادة لكل من المدعى عليهم — إذا تعددوا — أن يودع فى ميعاد الخمسة عشر يوماً المتقدم الذكر مذكرة بالرد على المذكرات المقدمة من المدعى عليهم الآخرين .

وصرحت الفقرة الرابعة من هذه المادة للمدعى عليهم — إذا استعمل رافع النقض حقه فى الرد — أن يودعوا فى خمسة عشر يوماً أخرى ملاحظتهم كتابة على هذا الرد .

ولا تضاف إلى هذه المواعيد مواعيد مسافة ، لأن الخصوم قد سبق لهم الحضور إلى قلم الكتاب لتقديم مذكراتهم الأولى ، وأضيفت لهم مواعيد المسافة اللازمة ، فلا حق لهم فى إضافة مواعيد أخرى .

ولكن هل يجوز لمن يقدم مذكرة بالرد أن يشفعها بمستندات جديدة ؟ قد يقال إن المادة ١٩ لم تنص على جواز شفع مذكرة الرد بمستندات جديدة ،

(١) وقلنا إنه لا يضاف إليه ميعاد مسافة (راجع فقرة ٣٠٥)

وإن شارعنا قد أغفل عمدا ما ورد بنصوص المواد ٨ و٩ و١٠ من لائحة سنة ١٧٣٨ من الترخيص لكل من يقدم مذكرة بالرد بأن يشفعها بالمستندات المؤيدة لرده . ولكننا نستصوب جواز تقديم مستندات جديدة مع مذكرات الرد[١] ، لأن التصريح بتقديم هذه المذكرات يقتضى شفعها بما يؤيدها من المستندات ، ولأن المدعى عليه فى الطعن قد يدفع بعدم جواز الطعن أو بعدم قبوله أو بأى دفع آخر يغنى بحثه عن بحث أسباب الطعن ، وقد يقدم ما يؤيد دفعه هذا من المستندات ، فاذا منعنا رافع الطعن من تقديم مستنداته الجديدة الخاصة بهذه الدفوع عند تقديم مذكرته بالرد عليها ، نكون قد منعناه فى الواقع من إبداء دفاعه .

على أنه لا بد من قصر هذا الجواز على من يكون له الحق من الخصوم فى تقديم مذكرة بالرد ، أما من لم يسبق له تقديم مذكرة ما فى المرحلة الأولى من مراحل تحضير الطعن ، فلا يكون له الحق فى تقديم مستندات جديدة . والعمل جار على ذلك أمام المحكمة .

د — كيف يحصل الإدخال والتدخل أمام محكمة النقض

٣٠٨ — قد بينا فى الفقرة ٢٧٦ من هذا الكتاب أن ليس للطاعن فى النظام المصرى — بعد أن يذكر أسماء خصومه فى تقرير الطعن ويعلنهم به — أن يدخل فى الدعوى خصوماً آخرين ، وأن المدعى عليه هو الذى أجيز له بمقتضى المادة ٢٠ من القانون أن يدخل فى الدعوى أى خصم فى القضية التى صدر فيها الحكم المطعون فيه لم يعلن بالنقض من رافعه ، وأن لكل من كان خصما فى القضية التى صدر فيها هذا الحكم المطعون فيه أن يتدخل فى الدعوى

(١) والقانون البلجيكى الصادر فى سنة ١٩٢٥ لا يجيز الرد للطاعن إلا على ما يدفع به المدعى عليه من الدفوع بعدم قبول الطعن شكلا ، كما لا يجيز له تقديم مستندات جديدة إلا لدفع هذه الدفوع فقط (سيمونيه فقرة ١١٤)

أمام محكمة النقض ليطلب الحكم برفض الطعن (المادة ٢١) .

ونقول الآن إن إدخال الخصوم يكون بأن يعلن المدعى عليه تقرير الطعن لمن يريد إدخاله ، بورقة من أوراق المحضرين وبالأوضاع العادية ، وذلك قبل ميعاد الثلاثين يوماً المعطى للمدعى عليه لتقديم مذكرته ومستنداته . ويكون لهذا الخصم الذى أدخل فى الدعوى أن يودع قلم كتاب محكمة النقض فى ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ إعلانه بالدخول فيها مذكرة كتابية بدفاعه مع ما يرى لزوما لتقديمه من المستندات ، وفى هذه الحالة لا تسرى المواعيد المحددة لتبادل الرد بين الخصوم إلا بعد انقضاء ميعاد الثلاثين يوما المذكور .

أما تدخل من كان خصما فى القضية التى صدر فيها الحكم المطعون ولم يعلنه رافع النقض بالطعن ، فيكون بإيداع المتدخل قلم الكتاب مذكرة كتابية قبل انقضاء ميعاد الثلاثين يوماً المعطى للمدعى عليه لتقديم مذكرته ومستنداته .

هـ — كيفية إيداع المذكرات والمستندات بقلم الكتاب

٣٠٩ — يجب على الخصوم — بنص المادة ٢٢ — أن يودعوا من كل مذكرة من مذكراتهم نسختين موقعتين من أحد محامى محكمة النقض ، كما يجب عليهم تقديم المستندات التى يبرزونها تأييداً لمذكراتهم بموجب حافظة موقع عليها من أحد محامى محكمة النقض .

ولو أن نص هذه المادة لم يرتب جزاء ما ، لا على إيداع المذكرات أو تقديم المستندات غير موقع عليها من محام مقبول أمام محكمة النقض ولا على الاكتفاء بتقديم نسخة واحدة من المذكرة الواجب تقديمها ، إلا أننا مع ذلك لا نشك فى أن المذكرة التى لم يوقعها محام مقبول أمام محكمة النقض يجب ألا يقبل قلم الكتاب إيداعها وإن هى أودعت خطأ فينبغى للمحكمة أن تأمر باستبعادها . فإن لم تقدم المذكرات إلا من أصل واحد فلا يمتنع قلم الكتاب من قبولها ، ولا نظن محكمة

النقض تأمر باستبعادها وترتب على هذا الاستبعاد إسقاط حق مقدمها فى حضور محاميه جلسة المرافعة ، بل يكون لها أن تأمره بإيداع نسخة ثانية أو بدفع الرسم المستحق على هذه النسخة الثانية محافظة على حق الخزانة [١] .

ولما كان نص المادة ٢٢ قاصراً على إيجاب إيداع نسختين من كل مذكرة من مذكرات الخصوم على النحو المتقدم الذكر ، وكان لا يوجب عليهم الحصول على تأشير خصومهم بالاطلاع على المذكرات قبل إيداعها ، فقد كان الاطلاع عليها يحصل بقلم الكتاب . ولذلك اقترح إيجاب هذا التأشير قبل الإيداع حتى لا يكون الخصم « ملزماً بأن يتردد يوميا على قلم الكتاب ليرى هل أودع خصمه شيئاً أم لا ، وقد يكون بعيداً عن القاهرة فيتكبد بسبب ذلك مصاريف باهظة » . ولكن لجنة الحقانية بمجلس الشيوخ لم تر لزوما لإجراء التعديل المقترح وقالت « إن النص المعمول به أكثر رعاية لصالح الخصوم ، وذلك لأن قانون محكمة النقض يحتم الايداع فى مواعيد قصيرة ، فإذا ما نص على ضرورة إعلان الخصم بالمذكرة قبل إيداعها بقلم الكتاب — وقد يكون الخصم المطلوب إعلانه فى بلد بعيد — فإن الميعاد قد ينقضى قبل التمكن من الإيداع ويكون فى هذا التكليف إرهاق لا مزيد عليه . فالأجدر ترك التشريع كما هو ، إذ به تبرأ ذمة الخصم بمجرد إيداع المذكرة قلم الكتاب . ولذلك لم تر اللجنة محلا لضرورة التردد يوميا على قلم الكتاب — كما ذهبت المذكرة الإيضاحية — لأنه ما دام القانون قد حدد مواعيد فلا يبدأ البحث والسؤال إلا فى اليوم التالى لانتهاء الميعاد » .

على أن اللجنة رأت بهذه المناسبة أن المادة لم تستلزم إيداع صور من المذكرات وأن العمل جرى على إيداع الأصل فقط ، ولذلك رأت النص على ضرورة

(١) نص المادة ٤٢ المعدلة بقانون ١٠ يوليه سنة ١٩٣٣ هو « يؤخذ فى المواد المدنية والتجارية أمام محكمة النقض والابرام رسم ثابت قدره ثلاثون قرشاً صاغا لكل ورقة أصلية أو صورة من ورقة من أوراق المحضرين أو قلم الكتاب ، وعشرة قروش عن كل ورقة من المذكرات المكتوبة التى تودع بقلم الكتاب » .

إيداع صور من المذكرات بقدر عدد الخصوم . وقد قبل هذا التعديل وصدر به قانون ١٠ يوليه سنة ١٩٣٣ فصار نص المادة ٢٢ الجديدة هكذا « يجب أن يودع من كل مذكرة من مذكرات الخصوم نسختان موقع عليهما من أحد محامى محكمة النقض والإبرام ، مع صور بقدر عدد الخصوم ، كما يجب أن تقدم المستندات التى يبرزها الخصوم تأييداً لمذكراتهم بموجب حافظة موقع عليها من أحد محامى محكمة النقض » .

ومادام هذا التعديل قد روعى فيه صيانة حق الدفاع بجعل إيداع صور المذكرة فى مثابة إعلانها للخصم ، فنحسب أنه ينبغى للمحكمة أن تطرح المذكرة التى لم يودع منها صور بقدر عدد الخصوم ، متى طلب ذلك ذو المصلحة ، فإن لم يطلب وجب إلزام من عليه الإيداع بالرسوم المستحقة لقلم الكتاب عن الصور الناقصة .

و — تحضير النيابة قضية الطعن

٣١٠ — قد رأى الشارع « أن فى حضور النيابة العامة قضايا الطعون فى المواد المدنية والتجارية ضمانة جليلة القدر لاستيفاء بسط ما يعرض فيها من المسائل القانونية أمام محكمة النقض » ، فأوجب على قلم الكتاب بنص المادة ٢٤ أن يرسل إلى النيابة ملفات قضايا الطعون لتضيف إلى كل منها مذكرة كتابية ، تهى فيها إلى المحكمة القضية على جهة الصدق ومنحى الحق ويقين الخبر . وقد أوجب على النيابة بنص المادة ٢٨ حضور جلسات المرافعة لتبدى فى كل منها أقوالها موضحة وجه الصواب والخطأ فى المسائل القانونية المختلف عليها ومنضمة فى طلباتها إلى أحد الطرفين . وعليها على الأخص لفت المحكمة إلى إجراءات تحقيق الطعون وتحضيرها (المادة ٢٣) و إبداء طلباتها المتعلقة بالنظام العام . فعليها مثلاً أن تطلب الحكم بعدم جواز الطعن فيما لا يجوز الطعن فيه من الأحكام والحكم بعدم قبول الطعن لرفعه بعد الميعاد أو لرفعه ممن لم يكن خصما فى الدعوى أمام المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه ، وأن تطلب نقض الحكم لسبب من أسباب النظام العام .

وظاهر أن النيابة بإبدائها طلباتها فى الطعون المرفوعة من خصوم الدعوى لا يمكن اعتبارها أنها بذلك تطعن بنفسها فى الأحكام المطعون فيها ، بل إنها تكون عاملة فى ذلك بما خول لها من حق إبداء الطلبات فى الطعون المرفوعة ، على جهة الانضمام لأحد الخصمين ، وهو حق مسلم به فى فقه القانون الفرنسى والبلچيكى[1] ومصرح به فى المادة ٢٨ .

ولم يحدد القانون للنيابة ميعادا يجب عليها فيه تقديم مذكراتها ، ولكن لمحكمة النقض منعقدة بهيئة جمعية عمومية أن تحدد للنيابة وللخصوم ميعاداً لتقديم مذكراتها قبل تحديد الجلسة ، عملا بنص المادة ٣٤ .

وليس فى القانون ما يمنع النيابة من تقديم مستندات جديدة تؤيد بها طلباتها[2] ، وقد قبلت منها محكمتنا محضر جلسة المرافعة أمام محكمة الاستئناف

(١) ربرتوار دالوز فقرة ٣٣١ و ن . ف ٣ مايو سنة ١٨٥٢ (د ٥٢ — ١ — ١٧٣) وشويفن فى القانون البلچيكى ص ١٤٠ وحكم محكمتنا فى ٢ فبراير سنة ١٩٣٢ (القانون والاقتصاد س ٣ رقم ٩٥ ص ٨١) الذى فصل بين وظائف النيابة فى الطعن ادعاء ووظائفها بطريق إبداء الطلبات .

وفقه المسألة أن للنيابة العامة فى المواد المدنية والتجارية وظائف معروفة ، تارة تقوم بها ادعاء por voie d'action فتكون هى المدعية وصاحبة الدعوى ، وتارة تقوم بها تدخلا فى دعوى رفعها غيرها فتكون فيها طرفاً منضما . وليس معنى ذلك أنها تنضم فى طلباتها إلى طلبات أى الخصمين ، بل معناه أنها لا تعتبر مدعية ولا مدعى عليها ، وأنها تبدى طلباتها غير متحيزة فيها إلى جانب دون آخر ، وأن تتوخى فى ذلك مجرد إبداء الوجه القانونى الواجب اتباعه . وقد عنى جارسونيه بذكر ما يترتب على ذلك من فروق ذكر منها : (١) أن النيابة يكون لها الحق فى رد القضاة عن الحكم وفى الطعن فى الأحكام بالاستئناف والنقض فى الدعوى التى ترفعها هى بصفتها خصما أصليا (كالدعاوى التى ترفعها لمصلحة الغائبين المادة ١١٤ مدنى) أما فيما لا تكون فيه إلا طرفا منضما (فى القانون الفرنسى والقانون المختلط أحوال يجب على النيابة أن تبدى فيها طلباتها وأحوال يجوز لها ذلك) فلا يصح لها شىء من ذلك (٢) وأن للنيابة كلما كانت خصما أصليا أن تقدم فى الدعوى ما تراه من الطلبات للمصلحة العامة ، أما إذا كانت خصما منضما فالأصل ألا يكون لها أن تحل محل الخصوم فتضيف إلى طلباتهم ما لم يطلبوه ، وإنما يكون لها أن تطلب الطلبات القانونية فى كل مسألة تتعلق بالنظام العام على اعتبار أن هذه المسائل قائمة فى الدعوى وليس للخصوم أن يتنازلوا عنها صراحة أو دلالة ، وأن للمحكمة الأخذ بها من تلقاء نفسها (راجع فى هذه الفروق وغيرها جارسونيه جـ ١ ص ٣٠٦ وما بعدها)

(٢) وقد أشار جارسونيه (جـ ١ ص ٣٠٧ هامش ٢ و ٣٠٨ هامش ٩) إلى =

ومسودة الحكم المطعون فيه عند استدلالها بهما على بطلان الحكم المطعون فيه لاشتراك من لم يسمع المرافعة من القضاة فى إصداره والتوقيع على مسودته وعدم اشتراك من سمعها منهم فى المداولة فيه وفى إصداره والتوقيع على مسودته[1].

ولم يجعل أصل القانون للخصوم بعد تقديم النيابة مذكرتها حقا فى تقديم مذكرات بالرد ، لأنه رأى — كما جاء بالمذكرة الإيضاحية — وجوب إقفال باب المرافعة على ذلك . غير أننا لا نشك فى أن لمحكمة النقض — مع ذلك — أن ترخص لمحامى الخصوم بإيداع مذكرات تكميلية — عملا بنص المادة ٢٧ من القانون وعلى ما سيأتى تفصيله عند الكلام على إجراءات المرافعة بالجلسة — إذا تضمنت مذكرة النيابة أو مرافعتها الشفوية طلباً أو دفعاً لم يسبق لهم بحثه فى مذكراتهم المقدمة[2].

= ذلك عند كلامه عن وظائف النيابة فى القضايا التى تعمل فيها عمل الخصم المنضم ، فقال إنه قد قضى بأن عدم اطلاع الخصوم على ما تقدمه النيابة من المستندات الخارجة عن ملف الدعوى لا يخل بحق دفاعهم ، ولا مخالفة فيه لنص المادة ١٨٨ مرافعات التى تجيز لكل خصم طلب تأجيل القضية للاطلاع على مستندات خصمه ، إلا إذا تبين أن عدم الاطلاع كان له أثره الواضح فى الحكم . وقد استشهد بحكم ٢٤ أكتوبر سنة ١٨٩٢ (د ٩٢ — ١ — ٦٢٤) وحكم ٢٣ يوليه سنة ١٨٩٥ (د ٩٦ — ١ — ٣٠١)

(١) ن . م . م ٢ فبراير سنة ١٩٣٢ السابق الذكر .

(٢) وقد رأى رئيس محكمة النقض أن يرخص لمحامى الطاعنين فى القضايا الأولى المقدمة للدائرة المدنية بجلستها الأولى التى انعقدت يوم ٥ نوفبر سنة ١٩٣١ بتقديم مذكرات بالرد على ما دفعت به النيابة من عدم جواز الطعن فى الأحكام المطعون فيها لصدورها فى عهد القانون القديم وصيرورتها حقوقا مكتسبة ، وقد أشار حضرته إلى هذا الدفع عند التنويه بأن مهمة النيابة قد تكون مهمة إبداء وإبداع كمهمة المحامين إذ قال : ولا يؤيد ذلك مثل الدفع الذى ترونه اليوم مقدماً من النيابة مما لم يجل فى خاطر القضاة ولا فى خاطر المحامين . وقد جرت محكمتنا على ذلك توفية لحق الدفاع .

أما فى فرنسا فاذا كانت المادة ٣٨ من قانون سنة ١٨٢٦ تنص على عدم جواز التعقيب على أقوال النيابة ، فقد جرى العمل بجواز تقديم ملحوظات مكتوبة يتسلمها رئيس الجلسة بغير اطلاع الخصوم . وقد نقد جارسونيه هذا العرف وفضل عليه التقرير باعادة المرافعة (جارسونيه جـ ١ ص ٣٠٩ هامش ١٢)

الفرع الخامس

فى المرافعة الشفوية وحضور الأخصام بالجلسة وإصدار الحكم

١ — تحديد يوم الجلسة وإجراءاتها

٣١١ — متى أضافت النيابة مذكرتها إلى ملف القضية أعادته لقلم الكتاب فيحدد رئيس المحكمة الجلسة التى تنظر فيها القضية (المادة ٢٤) ، ويخبر قلم الكتاب محامى الخصوم بتاريخ هذه الجلسة (المادة ٢٥) .

وقد جرى العمل بأن يخبر قلم الكتاب المحامين قبل موعد الجلسة بخمسة عشر يوماً ، وهو الميعاد الذى أوجب فيه الشارع على هذا القلم تعليق جدول الجلسة باللوحة المعدة لذلك .

فاذا جاء يوم الجلسة فلا يؤذن للخصوم أن يحضروا شخصيا من غير محام عنهم ، وليس لمن لم يودع باسمه مذكرة كتابية أن ينيب عنه محاميا فى الجلسة (المادة ٢٦ فقرة ١ و ٢) . ويجوز للمحكمة أن تسمع أقوال الخصوم أنفسهم ، إذا كانوا من قبل قد أنابوا عنهم محامين وقدموا بأسمائهم مذكراتهم الكتابية فى المواعيد ، إذ لا ضرر فيه ولا مخالفة للقانون ، وإن لم ينص عليه فى المادة ٢٦ كما نص عليه فى فرنسا بالمادة ٣٧ من الأمر الصادر فى ١٥ يناير سنة ١٨٢٦ .

فان لم يحضر محامون بالجلسة فصلت المحكمة فى القضية على مقتضى الأوراق والإجراءات الكتابية (المادة ٢٦ فقرة ٤) .

وإن حضروا سمعت المحكمة أقوال الطاعن والمدعى عليهم والمدخلين

والمتدخلين[١]، ثم أقوال النيابة وتكون هى آخر من يتكلم[٢] (المادة ٢٨ فقرة ١).

ولا يجوز للخصوم إبداء أسباب شفوية فى الجلسة غير الأسباب التى أدلوا بها فى مذكراتهم المودعة بالقضية (المادة ٢٦ فقرة ٣) سواء أكانت الأسباب أسباباً للطعن أم لدفع الطعن[٣]. ولا تقبل منهم أوراق أو مذكرات بعد المواعيد المحددة فى المواد ١٨ و ١٩ و ٢٠ و ٢١ من القانون (المادة ٢٧ فقرة ١). على أنه يجوز للمحكمة أن ترخص لمحامى الخصوم بايداع مذكرات تكميلية إذا رأت بعد اطلاعها على القضية فى الجلسة أنه لا غنى عن ذلك، وفى هذه الحالة تؤجل القضية إلى جلسة أخرى وتحدد المواعيد التى يجب إيداع تلك المذكرات فيها (المادة ٢٧ فقرة ٢).

وظاهر أنه يستثنى من هذه القاعدة الأسباب المتعلقة بالنظام العام فانه يصح

(١) ويا حبذا لو أدخلت محكمتنا فى تقاليدها ما جرت عليه محكمتا النقض الفرنسية والبلجيكية من أخذ المستشارين بتلاوة تقارير كتابية، تكملة لنظام المرافعة الكتابية الذى أخذه مشرعنا عن النظام الفرنسى والبلجيكى، فتصبح جلساتها معهداً علميا لدارسة القانون. وليس الأمر فى ذلك محتاجاً إلى تشريع.

(٢) وقد نصت المادة ٣٥ من القانون البلجيكى الصادر فى ١٥ مارس سنة ١٨١٥ على عدم جواز تعرض المحامين لتمحيص وقائع القضية المعروضة بالجلسة، وعلى وجوب الاقتصار على عرض المسائل القانونية المتعلقة بأسباب الطعن كما نصت على أن رئيس الجلسة ينبه من يخالف ذلك من المحامين حفظا للنظام.

(٣) جابيوت فقرة ١٨٤٢ ص ٦٩٩ و ن. م. م ١٧ أبريل ١٩٣٢ (المحاماة س ١٢ رقم ٤٨٤ ص ٦٧٢ والقانون والاقتصاد س ٣ رقم ٤٣ ص ٣٠) وقد جاء به: (ا) أن لفظ «أسباب» الواردة بالفقرة الثالثة من المادة ٢٦ من القانون ونصها: «لا يجوز إبداء أسباب شفوية بالجلسة غير الأسباب التى أدلى بها الخصوم فى المذكرات الكتابية المودعة بالقضية» لا تنصرف إلى الأسباب التى يبنى عليها الطعن دون غيرها، بل هى تنصرف أيضاً إلى أى دفع يراد إبداؤه. (ب) إن كلمة الخصوم الواردة فى الفقرة المتقدمة الذكر تشمل الطاعن والمدعى عليه فى الطعن، كما تشمل النيابة العمومية التى هى خصم منضم فى الدعوى.

وقد حكمت محكمتنا فى ١٨ فبراير سنة ١٩٣٢ برفض الدفع ببطلان الطعن المبنى على عدم ذكر محل اقامة الطاعن فى تقرير الطعن لتقديمه لأول مرة بجلسة المرافعة (المحاماة س ١٢ رقم ٤٨١ ص ٨٤٤). وقضت بحكم ١٧ أبريل سنة ١٩٣٢ (المتقدم الذكر) برفض دفع قدمته النيابة بالجلسة طلبت فيه الحكم بعدم قبول الطعن لتقديمه من محام ليس بيده توكيل من موكله.

إبداؤها بالجلسة طلباً لنقض الحكم أو دفعاً للطعن ، بل يصح للمحكمة أن تثير هذه الأسباب من تلقاء نفسها (انظر المادة ١٥ فقرة ٢) .

ب — ما ينطبق على قضايا الطعون من قواعد الإجراءات المبينة فى قانون المرافعات

٣١٢ — تنطبق فى قضايا الطعون المرفوعة إلى محكمة النقض — على ما جاء بنص الفقرة الثانية من المادة ٢٨ من قانونها — قواعد الإجراءات المنصوص عليها فى المواد ٨١ و ٨٢ و ٨٣ و ٨٥ و ٨٦ و ٨٧ و ٨٨ و ٨٩ و ٩٠ من قانون المرافعات (وهى المتعلقة بعلنية المرافعات أصلاً وجواز إجرائها سرا محافظة على النظام العام أو الآداب وعدم جواز المقاطعة على محامى الأخصام وجواز الاستماع إليهم مرة ثانية وضبط وربط الجلسة وتحقيق ما يحصل فيها من التشويش وغيره من الجرائم والقبض على الجانى ومحاكمته المحاكمة الفورية ومعاقبته على ما يثبت إدانته فيه) ، كما تنطبق فيها أيضاً القواعد الخاصة بالأحكام المنصوص عليها بالمواد ٩١ لغاية ١١٨ من قانون المرافعات (بشأن المداولة فى الأحكام بين القضاة الذين حضروا المرافعة وجمع آرائهم والنطق بها فى جلسة المرافعة أو فى الجلسة التى تحدد لها ، ونحو ذلك) ، وذلك بقدر ما تكون هذه القواعد أو تلك متفقة مع نصوص قانون محكمة النقض .

وإذن فجلسات محكمة النقض يجب أن تنعقد علانية وهيئتها يجب أن تؤلف من خمسة قضاة ممن لم يسبق لهم المشاركة فى الحكم المطعون فيه ، وأحكامها ينبغى أن تشتمل على الأسباب التى بنيت عليها ... الخ ، ولكن لا يجوز تطبيق المادة ٩٥ من قانون المرافعات التى تصرح بجواز تقديم مذكرات أو أوراق ما دامت القضية فى المداولة إذا سبق اطلاع الخصم عليها ، لأن نص المادة ٢٧ من قانون

محكمة النقض يمنع تقديم أوراق أو مذكرات بعد المواعيد المحددة لإيداعها ، إلا فى الحالة الاستثنائية المبينة فى المادة ٢٧ . وكذلك يكون لمحكمة النقض أن تتبع القواعد المبينة فى باب الأحكام من قانون المرافعات فى المنازعات المتعلقة بتسليم نسخة الحكم التنفيذية أو تسليم نسخة ثانية فى حالة ضياع النسخه الأولى وفى تقدير مصاريف الدعوى المحكوم بها وفى رفع المعارضة فى الأمر الصادر بتقديرها لأودة المشورة بالمحكمة .

وليس بقانوننا ما يلزم محكمة النقض بتبليغ أحكامها للمحاكم الأخرى ، ولا بقيد أحكام النقض بسجل خاص يحفظ بقلم كتاب المحكمة التى أصدرت الأحكام المنقوضة ، وإنما جرى العمل بطبع الأحكام المقررة للقواعد القانونية وتوزيعها على مستشاريها ومستشارى محكمتى استئناف مصر وأسيوط ، ورؤساء المحاكم الابتدائية ، والنائب العمومى ، والمستشارين الملكيين .

أما فى فرنسا فقد أصدرت حكومة الديريكتوار بتاريخ ٢٨ فنتوز سنة ٥ قرارا بإنشاء مجموعة تسمى « مجموعة أحكام محكمة النقض Le bulletin de la cour de cassation » تنشر فيها أحكام محكمة النقض فى بابين ، باب خاص بالأحكام المدنية ، وآخر خاص بالأحكام الجنائية ، ثم توزع أعداد هذه المجلة توزيعاً خاصا . ثم أوجب قانون فنتوز سنة ٨ قيد أحكام النقض بسجل المحكمة التى أصدرت الأحكام المنقوضة ، ولهذا جرت محكمة النقض فيما تصدره من الأحكام على التقرير بتكليف النائب العمومى لديها بطبع الحكم وقيده بسجل المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه والتأشير بمضمونه على هامش الحكم المنقوض[1] .

---

(١) كاربنتييه فقرة ١١٧ و ١٣٢ .

الفصل الثانى

فى الدفوع والمسائل الفرعية أمام محكمة النقض

عموميــــــات

٣١٣ — ما دامت وظيفة محكمة النقض تنحصر فى نظر ما يرفع لها من الطعون بين من كانوا خصوماً فى الدعوى أمام المحاكم التى أصدرت الأحكام المطعون فيها ، لتفصل فى كل طعن على موجب ما رسمه القانون من تلك الإجراءات الكتابية الخاصة المتقدمة الذكر ، فمن الحق أن نتساءل عما يجب اتباعه من لإجراءات فيما يبدى من الدفوع وما يعترض دعوى الطعن من المسائل الفرعية مما يتنافى السير فيه وفق القواعد العامة المدونة بقانون المرافعات ، مع طبيعة عمل محكمة النقض والأسلوب الخاص المتبع لديها فى تحضير القضايا وتحقيقها .

والجواب أن من الدفوع ما لا يتصور إبداؤه ، كالدفع بعدم اختصاص محكمة النقض بنظر ما يرفع إليها من الطعون ، وكالدفع بطلب إحالة القضية إلى محكمة نقض أخرى ، وكالدفع بطلب ميعاد للاطلاع على الأوراق التى قدمها الخصم فى الدعوى ، ما دام قانون محكمة النقض قد حدد مواعيد تقديم الأوراق وإيداع المذكرات قلم الكتاب فى دور التحضير ومكن كل خصم من فرصة الرد على خصمه على وجه تمتنع معه المفاجأة ومنعه بعد ذلك من إبداء أسباب أخرى فى المرافعة الشفوية ، وكالدفع بطلب ميعاد لإدخال ضامن ، لأن قانون النقض قد بين من يجوز إدخاله وكيف يدخل وفى أى ميعاد يكون الإدخال .

أما الدفوع التى يتصور إبداؤها فى قضايا الطعون ، كالدفع بعدم قبول الطعن لرفعه عن حكم لا يجوز الطعن فيه ، أو لرفعه بعد الميعاد ، أو لقبول الطاعن للحكم

المطعون فيه ، والدفع ببطلان تقرير الطعن أو بطلان إعلانه للخصوم ، أو الدفع بسقوط الحق في تقديم ما يجب تقديمه من الأوراق والمستندات والمذكرات في الميعاد ، فيجوز إبداء ما كان منها من النظام العام في أية حالة كانت عليها الدعوى ؛ أما ما لم يكن من النظام العام فيجب إبداؤه في مذكرة المدعى عليه الأولى وقبل مواجهة الموضوع حتى لا يسقط الحق فيه طبقاً للمادة ٢٦ فقرة ثالثة والمادتين ١٣٨ و ١٣٩ من قانون المرافعات .

أما ما قد يعرض لقضية الطعن أثناء سيرها مما يستدعى وقف المرافعة ووصلها أو السير في طرق التحقيق من سماع البينة وتحقيق الخطوط والادعاء بالتزوير ونحو ذلك ، فقد يقع التساؤل له عما يجب اتباعه من الإجراءات ، أيجب العمل بأحكام قانون المرافعات أم يجب السير بما يلائم مهمة محكمة النقض ويناسب الإجراءات الواجبة الاتباع أمامها ؟

إن في القانون الفرنسي نصوصاً خاصة تنظم طريق الدفع والادعاء الفرعي أمام محكمة النقض ؛ فالباب السابع من الكتاب الثاني من لائحة ١٧٣٨ تنظم كيفية رفع الطعن وتقديم المسائل الفرعية وإدخال الخصوم ووصل المرافعة بعد انقطاعها ، والأمر العالي الصادر في سنة ١٦٦٧ ينظم رد المستشارين عن الحكم ، والأمر العالي الصادر في يوليو سنة ١٧٣٧ يحدثك عن دعوى التزوير الفرعية وإجراءات رفعها — ولذا جرت عادة الكتاب الفرنسيين على عقد باب خاص لهذه المسائل[1] .

ولعل شارعنا — بعد أن بيّن من يكون خصما في دعوى الطعن ومن يجوز إدخاله أو تدخله فيها ، وكيف يودع الخصوم أوراقهم ومذكراتهم قلم الكتاب ومتى يقدمونها ، وما ينبغي أن يذكروه في هذه المذكرات من شرح أسباب الطعن وأوجه الدفع والدفوع ، وبعد أن منعهم من تقديم أوراق أو مذكرات أخرى وإبداء أسباب شفوية بالجلسة غير الأسباب التي أدلوا بها في هذه المذكرات

(١) راجع في تفصيل ذلك تعليقات دالوز من فقرة ٨٧٦ إلى ٩١٣ وفاي في الفصل التاسع المعنون « incidents de procédure » فقرة ٢٤١ — ٢٥٧ وسيمونيه فقرة ١٣٦ — ١٤٦

الـكتابية ، وبعد أن عدل أحكام رد القضاة والمستشارين وبين إجراءات رد المستشارين أمام محكمة النقض ، وبعد أن أوجب تطبيق قواعد الإجراءات المنصوص عليها فى المواد ٨١ ، ٨٢ ، ٨٣ ، ٨٥ ، ٨٦ ، ٨٧ ، ٨٨ ، ٨٩ ، ٩٠ من قانون المرافعات والقواعد الخاصة بالأحكام المنصوص عليها فى المواد ٩١ — ١١٨ ، بقدر ما تكون هذه القواعد أو تلك متفقة مع نصوص قانون محكمة النقض — لعل شارعنا بعد ذلك لم يروجهاً لعقد فصل خاص للدفوع والمسائل الفرعية التى تعرض للدعوى أمام محكمة النقض ، مكتفياً بما يفهم من جميع نصوصه الدالة على أنه أراد اتباع ما جرى عليه فى رفع الطعن ، من تقرير كل مسألة منها فى قلم الـكتاب وتبليغها للخصوم — إذا اقتضت الحال — وتحقيقها بينهم فى المذكرات الـكتابية ، ما أمكن الجرى على ذلك . وإليك بعض ما رأيناه :

المعارضة فى المصاريف والأتعاب المقدرة

٣١٤ — ففى المعارضة فى الأمر الصادر عن رئيس المحكمة بتقدير المصاريف والأتعاب مثلاً ، يقرر المعارض معارضته فى قلم الـكتاب ويعلنها لخصمه بورقة من أوراق المحضرين ، ثم تحضر المعارضة بقلم الـكتاب تحضير الطعون ، ثم تقدم للجلسة . وهذا ما رأته محكمتنا عند نظرها معارضة فى أمر تقدير المصاريف المستحقة فى أحد الطعون ، حيث كلف المعارض خصمه بالحضور مباشرة أمام المحكمة للمرافعة وسماع الحكم بتعديل التقدير المأمور به ، فأمرت المحكمة بإعادة المعارضة لقلم الـكتاب لتحضيرها فيه تحضير الطعون بتقديم المستندات والمذكرات فى المواعيد العادية[1] .

---

(١) ن . م . م ٧ يونيه سنة ١٩٣٤ (القانون والاقتصاد س ٤ رقم ٦٠ ص ١٧٧) . وفى معارضة فى أمر صادر بعدم اختصاص محكمة النقض بتقدير أتعاب المحامى على موكله ، لم تر محكمة النقض محلا لاعادة المعارضة لقلم الـكتاب لتحضيرها به ، وذلك إذ غاب المعارض عليه وأرسل خطابا لرئيس المحكمة بدفاعه واطلع عليه المعارض بالجلسة ولم يكن فى الخطاب إلا ما كان منه ومن محاميه من اتفاق على الأتعاب بشروط خاصة لم يتحقق منها شرط دفع مؤخر الأتعاب (ن . م . م ١٤ يونيه سنة ١٩٣٤ ، ملحق القانون والاقتصاد س ٤ رقم ٦١ ص ١٨٠)

انقطاع المرافعة ووصلها

٣١٥ — لا شك فى أن وفاة أحد الخصوم أو تغير حالته الشخصية أو عزله عن الوظيفة التى كان متصفا بها فى الدعوى قبل تقديم الطلبات الختامية يترتب عليه انقطاع المرافعة بقوة القانون . فإذا نزل أحد هذه الأسباب بأحد من الخصوم انقطع تحضير الطعن وانقطعت مواعيد تحضيره(١) وكان على من يهمه متابعة السير فيه إيداع مستنداته ومذكرته — إن لم يكن قد أودعها من قبل — و إعلان خصمه بالسير فى إجراءات التحضير فى المواعيد المعتادة السابق بيانها . فإن لم يطرأ السبب القاطع للمرافعة إلا بعد إقفال بابها كتابة ، فلا يترتب على طروئه عدم الحكم فى الدعوى ، بل يجوز للمحكمة — وهى لا تحكم عادة إلاّ على مقتضى الإجراءات الكتابية — أن تحكم على حاصل الأقوال والطلبات الختامية المدونة فى المذكرات المقدمة بغير مرافعة ولا سماع أقوال لأحد من الخصوم(٢) .

التنازل عن الطعن وترك المرافعة فيه

٣١٦ — يجوز للطاعن فى أية حالة كانت عليها الدعوى ترك حقه فى المرافعة فى الطعن . فله أن يترك طعنه بعد تقريره بقلم الكتاب فلا يعلنه لخصمه فى الميعاد ، كما له تركه بعد إعلان التقرير لخصمه ، إما بإثبات الترك فى قلم الكتاب بتقرير

---

(١) أما إذا نزل السبب بالطاعن قبل إعلان تقرير الطعن ، فأن ميعاد إعلان الطعن نفسه يصبح موقوفاً (فقرة ٢٤٤)

(٢) ن . م . م ١٧ يناير سنة ١٩٣٥ (القانون والاقتصاد س ٥ رقم ٢١ ص ٦٠)
وراجع فى طريقة وصل المرافعة المقطوعة فى الفقه الفرنسى فاى فقرة ٢٤٣ وفيما يتعلق باعتبار القضية مهيأة للحكم أمام محكمة النقض بتقديم كل خصم مذكرة دفاعه أو بانتهاء ميعاد تقديمها ، جارسونيه جـ ٦ فقرة ٤١١ ص ٧١٥ — ٧١٦ وجـ ٢ فقرة ٢٢١ و ٢٢٢ وفيما يتعلق باعتبار الدعوى مهيأة للحكم متى قدمت فيها الطلبات الختامية بمواجهة الطرفين تعليقات دالوز فقرة ٥٠٤١ و ٥٠٤٢ و ٥٠٤٦ و ٥٠٧٢

مستقل يودع ملف الطعن ، وإما بتدوينه فى مذكرته الأولى أو فى مذكرته الثانية ، وإما بإثباته بمحضر الجلسة . وللخصم أن يعارض فى هذا الترك إذا تعلقت له ببقاء الطعن مصلحة حقة ، وللمحكمة أن تقضى فى هذا النزاع — عند قيامه — بما تراه ، مستهدية بحكم المادة ٣٠٦ من قانون المرافعات ، فإن حكمت بإثبات ترك المرافعة كان حكمها ملغيا للمرافعة وموجبا لإلزام الطاعن بالمصاريف[١] ، ولكنه يبقى للطاعن الحق فى رفع طعن جديد ما لم يكن قد تنازل عن أصل حقه فى الطعن أو انقضى ميعاده[٢] .

دعوى التزوير الفرعية

٣١٧ — ما دام الأصل المسلم به أنه لا يجوز بناء الطعن فى الحكم لمخالفته للقانون أو لخطأ فى تطبيقه أو فى تأويله على أسباب جديدة ، فلا يمكن الادعاء بالتزوير فى الأوراق التى سبق تقديمها لمحكمة الموضوع ولم يكن قد طعن فيها بالتزوير أمامها ، لأن هذا الادعاء يكون عندئذ بمثابة إبداء سبب جديد أمام محكمة النقض وهو ممنوع قانوناً[٣] . إنما قد يتصور الادعاء بالتزوير لأول مرة لدى محكمة النقض إذا بنى الطعن مثلاً على وقوع بطلان جوهرى فى الحكم وادعى التزوير فى ورقته وتعلقت صحة الطعن وعدم صحته على ثبوت هذا التزوير وعدم ثبوته ، وكذلك إذا دفع بعدم حصول إعلان الطعن فى الميعاد وبنى الدفع على تزوير ورقة الإعلان وتعلق الفصل فى صحة هذا الدفع على ثبوت هذا التزوير .

وللشارع الفرنسى فى مثل هذه الصور التى يجوز الادعاء فيها بالتزوير إجراءات راعى فيها إجراءات دعوى التزوير الفرعية الواردة فى قانون المرافعات

(١) ن . م . م ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣١ و ١٨ فبراير سنة ١٩٣٢ (المحاماة س ١٢ رقم ٣٠٤ ص٦٠٩ ورقم ٤١٨ ص ٨٤٥ ومجلة القانون والاقتصاد س٣رقم ٢٦ ص١٦)

(٢) شويفن ص ٤٠٨ رقم ٢٠٥ ، وتيسيه فقرة ٩٧٥ ص ٥١٧ و ص ٥١٨

(٣) تيسيه ص ٥١٦ هامش ١ و ع . ف ١٧ أبريل سنة ١٨٩٩ (س١٩٠١—١—٣٩٠) و جارسونيه فقرة ٤٣٤

وما يناسب وظيفة محكمة النقض ومهمتها من الاجراءات . وهى تتلخص فى أن من يرد الادعاء بالتزوير فى ورقة ما ، فعليه أن يستأذن من محكمة النقض فى تقرير التزوير فيها بأن يودع قلم الكتاب عريضة يبين فيها الورقة التى يرغب الادعاء بتزويرها وأثرها المنتج فى الطعن أو فى الدفع ، ويشرح ما لديه من أدلة على تزويرها ، فيقدمها قلم الكتاب إلى المستشار المقرر فيعرض لها فى تقريره الذى يرفعه إلى المحكمة ، فان أصدرت قرارها عن أودة المشورة بالاذن أمرت الطالب بتكليف خصمه بالتقرير بأنه مصر على التمسك بالورقة أو غير مصر ، فان قرر الخصم أنه غير متمسك بها أو فوت الميعاد المحدد له لابداء رأيه فى ذلك ، طلب مدعى التزوير من المحكمة بعريضة يقدمها لها استبعاد الورقة ، أما إن أصر الخصم على التمسك بالورقة قرر الطالب التزوير بقلم الكتاب وأعلن التقرير لخصمه ، فان رأت المحكمة تعلق الورقة المدعى تزويرها بالدعوى الأصلية أوقفت السير فى هذه وأحالت دعوى التزوير إلى محكمة تختارها من المحاكم التى تكون من درجة المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه[1] . أما إذا رأت الادعاء بالتزوير غير منتج ، أو أن الورقة صحيحة أو مزورة ، حكمت بعدم قبول دعوى التزوير أو بصحة الورقة أو بردها وبطلانها على حسب الأحوال[2] .

ونحسب أنه يمكن الاستغناء فى مصر عن المرحلة التى يستأذن فيها راغب الطعن بالتزوير محكمة النقض ، ثم اتباع الاجراءات الآتيــة التى تقرب من

---

(١) وذلك عملا بالمادة الرابعة من لائحة ٢٨ يونيه سنة ١٧٣٨ ، وطبقاً للقاعدة العامة التى تمنع محكمة النقض من نظر الموضوع (فاى فقرة ٢٥٧ و ص ٢٩٢ و ٢٩٣ هامش ١٠ و ١١ و ١٢ و ١٣ و ن . ف ٢٩ أبريل سنة ١٩٠٢ المشار إليه بهامش ١٢ و ن . ف ٣٠ أغسطس سنة ١٨٨١ (س ٨٢ — ١ — ٣٤٥ ، د ٨٢ — ١ — ١٧٩) و ن . ف ج ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٢٨ (جازيت دى باليه ٦ مارس سنة ١٩٢٩)

(٢) تيسييه ص ٥١٦ وبهامش ٥ ن . ف ٩ فبراير سنة ١٩٠٣ (د ٩٠٤ — ١ — ١٧ وتعليق جلاسون) و ع . ف ١٧ أبريل سنة ١٩٠٥ (س ١٩٠٦ — ١ — ١٤) و ٣ يناير سنة ١٩٢٢ (س ٩٢٣ — ١ — ١٧٦) و ن . ف . ج ٢٧ يوليه سنة ١٩٠٤ (س ٩٠٨ — ١ — ٥٤٩)

إجراءات دعوى التزوير الفرعية عندنا وتناسب إجراءات التحقيق الكتابية التى جرى الشارع على اتباعها فى قانون محكمة النقض وهى :

لمن يريد الادعاء بالتزوير فى أية ورقة من الأوراق التى يجوز الطعن فيها لأول مرة أمام محكمة النقض أن يقرر التزوير بقلم الكتاب فى الميعاد المعطى له لتقديم مذكرته الكتابية ، ثم يشرح فى هذا الميعاد أدلة التزوير فى مذكرة كتابية خاصة ، وعلى خصمه الرد عليها بمذكرة خاصة كذلك ، حتى إذا أقفل باب المرافعة يكون قد أقفل على الدعويين معاً . فان رأت المحكمة أن الورقة صحيحة ، أو أن الادعاء بتزويرها عقيم النتيجة فى الطعن أو فى الدفع حكمت برفض دعوى التزوير أو بعدم قبولها وألزمت المدعى بالغرامة القانونية وحكمت فى موضوع الطعن . أما إذا رأت احتمال التزوير راجحا وأن الأمر فيه محتاج إلى تحقيق أوقفت سير الطعن وحققته هى بنفسها أو ندبت للتحقيق أحد مستشاريها . هذا هو ما نظنه أقرب إلى الفقه وأدنى إلى الإجراءات المنصوص عليها بقانون المرافعات (١) .

التحقيق وسماع البينة

٣١٨ — الأصل أن محكمة النقض لا تجرى تحقيقاً ولا تسمع بينة ، لأن كافة الوقائع التى أثبتها قاضى الدعوى تعتبر قانوناً أنها ثابتة بصفة قطعية ، ثم إنه لا يجوز الاستشهاد بشهود لإثبات أن المحكمة قد خالفت القانون أو أخطأت فى تطبيقه أو فى تأويله ، مادام المرجع الوحيد فى ذلك هو ما أثبتته المحكمة فى حكمها . وكذلك لا يجوز إثبات ما وقع فى الحكم أو فى الاجراءات من أوجه البطلان بالبينة ، لأن إثبات ذلك لا يكون إلا من محاضر الجلسات وأوراق المرافعات التى هى أوراق رسمية تشهد بصحة ما تدون بها . هـذا هو الأصل ، ولـكن

---

(١) انظر فاى ص ٢٩٣ (فى السطرين الأخيرين)

لا مانع يمنع محكمة النقض من أن تأمر بتحقيق الوقائع التي يتوقف عليها حكمها في الطعن إذا كان لا طريق لإثباتها إلا البينة . فاذا ادعى رافع الطعن مثلا أن قوة قاهرة منعته من تقرير الطعن بقلم الكتاب في الميعاد مثلا ، أو من إعلان التقرير لخصمه في الميعاد كذلك ، فلمحكمة النقض أن تسمع البينة على ذلك . وكذلك إذا ادعى رافع الطعن أنه قد طعن فعلا ولكن تقريره قد هلك أو ضاع فلمحكمة النقض سماع البينة . وهي إذ تأمر بالتحقيق تقوم هي به أو تنتدب لإجرائه أحد قضاتها ، ويحصل التحقيق بالأوضاع المبينة بقانون المرافعات ، وبعد تمام التحقيق تجرى المرافعة الكتابية بمذكرات تكميلية ، ثم تسير الدعوى سيرها المعتاد[1] .

الفصل الثالث

في آثار الطعن بطريق النقض

---

٣١٩ — آثار الطعن هي الأحكام القانونية التي تترتب على جواز رفع الطعن في حكم ما ، أو على رفع الطعن فيه بالفعل . والنظر في آثار الطعن يقتضى البحث فيما إذا كان الطعن ينقل النزاع المحكوم فيه لمحكمة النقض وفيما إذا كان يوقف تنفيذ الحكم المطعون فيه .

---

(١) قد أجازت محكمة النقض البلجيكية تحقيق الوقائع التي ادعاها طاعن لاثبات أن طعنه قد رفع في الميعاد وأن إعلان الحكم المطعون فيه له وقع غير صحيح (حكم ٨ فبراير سنة ١٨٦٢ باسكريزى بلجيك ص ١٦١ — ٢٦٢ وشويفن ص ٢٨٨) كما أجازت تحقيق الوقائع الدالة على قبول الحكم المطعون فيه وعلى حقيقة المحل الذى أعلن فيه للطاعن الحكم المطعون فيه ، وذلك تحديداً لمبدإ ميعاد الطعن (حكم ٢ أبريل سنة ١٨٥٠ المشار إليه في شويفن ص ٢٨٨ — ٢٨٩) .

ا — نقل النزاع لمحكمة النقض

٣٢٠ — يقال فى فرنسا إن الطعن فى الحكم لا ينقل النزاع إلى محكمة النقض ، وإن هذه المحكمة ليست درجة ثالثة للتقاضى . ومظهر ذلك عندهم أنها لا تحكم فى موضوع الدعوى مطلقاً ، بل لا تفصل فى المسألة القانونية المتنازع عليها ، فهى إذا نقضت الحكم المطعون فيه تحيل القضية إلى محكمة موضوع أخرى لتفصل فيها من جديد غير متقيدة برأى محكمة النقض . وعلى هذا الأساس قيل أيضاً إنه فى حالة ما يطعن فى حكم محكمة الإحالة بنفس الأسباب التى طعن بها فى الحكم الأول ، وتقضى دوائر محكمة النقض مجتمعة بنقض الحكم الثانى ، تكون هذه المحكمة درجة ثالثة للتقاضى بالنسبة للمسألة القانونية التى فصلت فيها ، إذ فى هذه الصورة تكون محكمة الإحالة الثانية مقيدة برأى محكمة النقض[1] .

أما فى مصر فيمكننا القول بأن الطعن بالنقض ينقل القضية لمحكمة النقض باعتبارها درجة ثالثة للتقاضى فى حدود النزاع على المسائل القانونية التى تعلق بها الطعن ، وفى حدود تصديها لما يبقى من مسائل النزاع متى كان الموضوع صالحاً للحكم . ذلك لأن قضاء محكمة النقض المصرية فى المسائل القانونية هو — من جهة — قضاء قاطع تتقيد به محكمة الإحالة ، ولأنها من جهة أخرى تملك فى بعض الأحيان التصدى للفصل فى موضوع الدعوى على ما ستراه مفصلاً فى باب آخر من أبواب الكتاب الآتى . أما فى غير هذه الحدود المتقدمة الذكر فلا يصح القول بأن محكمة النقض تعتبر درجة ثالثة للتقاضى ينتقل إليها النزاع فى الطعن المرفوع لديها ؛ ذلك بأنها لا تقبل طعناً يتعلق بالموضوع ، وإذا طعن لديها فى حكم لخطأ فى القانون لا تتعرض فى سبيل الفصل فيه لبحث موضوع الدعوى ، ولا تبحث فى غير أسباب الطعن المبينة بالتقرير ، وإذا قبلت الطعن لا يجوز لها التصدى للفصل فى موضوع الدعوى إلا فى أحوال معيّنة و بقيود خاصة .

---

(١) جلاسون وتيسييه جـ ١ ص ٢٥٩ وجارسونيه جـ ١ فقرة ٩٤ — ٩٥ وفاى فقرة ٢٨٦ .

ب — عدم وقف التنفيذ

٣٢١ — كون الحكم مما يجوز الطعن فيه بطريق النقض وكونه قد طعن فيه بالفعل ، كلاهما لا يمنع تنفيذه جبراً ولا يوقفه ، وقد نصت على ذلك المادة الثالثة عشرة من القانون ، وقالت المذكرة الإيضاحية « إن هذه قاعدة من القواعد المقبولة على وجه العموم فى مسائل الطعن بطريق النقض[1] ، والغرض منها ألا يجعل هذا الطعن وسيلة من وسائل التسويف والمطل » . وعلى ذلك فللمحكوم له أن يبتدئ أو يستمر فى تنفيذ الحكم فى الميعاد المحدد لخصمه لرفع الطعن ، وبعد تقديم الطعن ، على أن يبقى مصير هذا التنفيذ معلقاً على نتيجة القضاء فى الطعن ، سواء أكان التنفيذ مما لا يمكن رفع أثره إذا قضى بنقض الحكم المطعون فيه وترتب على نقضه إلغاء جميع أعمال التنفيذ وإجراءاته[2] ، أم كان مما يسهل فيه رد الحال إلى ما كان عليه قبل التنفيذ .

---

(١) كان يجوز للملك فى فرنسا بمقتضى نص المادة ٢٩ من الباب الرابع من الكتاب الأول من لائحة ١٧٣٨ أن يوقف تنفيذ الأحكام المطعون فيها أمام مجلسه بتوقيع منه كان يسمى وقتئذ « lettre de surséance » (البنديكت فقرة ٦٣٠) ثم ألغى هذا الحق بالمادة ١٦ من قانون ١٧ نوفبر وأول ديسمبر سنة ١٧٩٠ التى نصها :

« En matierè civile, la demande en cassation n'arrêtera pas l'exécution des jugements, et dans aucun cas, ni sous acuun prétexte, il ne puisse être accordé de surséanee. »

(انظر فاى فقرة ٢٨ ص ٥٠ وجارسونيه فقرة ٤١٣ وهوامشها)
ونص على مثل ذلك فى بلجيكا بالمادة ٤٧ من قرار ١٥ مارس سنة ١٨١٥ (سيمونيه فقرة ١٠٣)

(٢) فاذا كان الحكم المطعون فيه قد قضى بشطب قيد رهن مثلا ونفذ المحكوم له هذا الحكم بالتأشير بهذا الشطب فى السجل ، ثم نقض الحكم وقيد المرتهن رهنه من جديد ، فان هذا القيد الجديد — إذا كان يتقدم به المرتهن على الرهون المقيدة بين تاريخ قيد رهنه المشطوب وتنفيذ الحكم الصادر بالشطب — فانه لا يتقدم به على الرهون التى يتم قيدها بعد الشطب ، لأن رهنه هو كان لا وجود له وقتئذ (جارسونيه ص ٧١٩ وهامش رقم ١٢)

وينص القانون الفرنسى على حالات معينة يكون فيها مجرد كون الحكم قابلا للطعن مانعاً من تنفيذه إلى أن يسقط الحق فى الطعن بانقضاء ميعاده ؛ كما ينص على حالات أخرى يكون فيها رفع الطعن هو الذى يترتب عليه وقف التنفيذ . فالمادة ٢٤١ من قانون المرافعات تأمر بوقف تنفيذ الحكم الصادر بمحو الورقة المزورة أو شطبها أو إعدامها ما بقى صاحبها على حقه فى الطعن فى الحكم بطريق النقض[1] ، والمادة ٢٦٣ من القانون المدنى (المعدلة بقانون ٢٧ يوليه سنة ١٨٨٤) تنص على أن الطعن فى الحكم الصادر بالطلاق (وقد قيس عليه الحكم الصادر ببطلان الزواج) يقف تنفيذه[2] ، والمادة الأولى من قانون ١٦ يوليه سنة ١٧٩٣ والمادة ١٥ من قانون ٩ فلورال سنة ٧ لا تسمح للمحكوم له بتنفيذ الحكم الصادر على الدولة بدفع مبلغ من النقود أو بالغاء الحجوز التى توقعها مصلحة الجمارك على البضائع بسبب مخالفات[3] جمركية إلا إذا قدم كفيلا يكفل رد الحال إلى ما كانت عليه قبل التنفيذ عند القضاء بنقض الحكم[4] .

وظاهر أنه لا يمكن الأخذ بفقه هذه النصوص فى مصر لأنها نصوص استثنائية لم يصح القياس عليها فى فرنسا نفسها ، فمن باب أولى لا يصح القياس عليها فى مصر .

ويأسف الفقهاء الفرنسيون على عدم وجود نص عام يمنع تنفيذ الأحكام إذا كان تنفيذها أثناء قيام الطعن فيها بطريق النقض مما لا يمكن رفع أثره لو حكم

(١) جارسونيه جـ ٦ فقرة ٤١٤ وأيضاً جـ ٢ فقرة ٢٧٤ و ٢٧٥

(٢) ويقول جارسونيه (فقرة ٤١٤ ص ٧٢٠ — ٧٢١) إن المقصود من عبارة « le pourvoi sera suspensif » الواردة بهذه المادة أن كون الحكم قابلا للطعن هو الذى يمنع من تنفيذه .

(٣) البنديكت فقرة ٦٤٣

(٤) جارسونيه فقرة ٤١٤ ص ٧٢١ وقد جاء فيه أن القرى وشركات السكك الحديدية لا يكون لها التمسك بهذه النصوص الخاصة بالخزانة العامة (راجع هامش ٨ وانظر فاى فقرة ٢٩ و ص ٥١ وهوامشها)

بنقضها ، كالحكم بحل شركة أو بشطب رهن أو فسخ زواج — يأسفون ويتمنون لو أن محكمة النقض نفسها كان لها الحق في إصدار الأمر بوقف التنفيذ ، أو في اتخاذ ما يلزم من الوسائل التحفظية لحماية الطاعن ، كاشتراط تقديم كفالة لإجراء التنفيذ أو إيداع متحصل التنفيذ بالخزانة ، كلما كان لذلك مبرر[1] .

---

(١) شينون فقرة ٥٦ وفاى آخر فقرة ٢٨ ص ٥٠ وتيسييه فقرة ٩٦٧ ص ٥٠٦ ولاجراسرى ص ٣٥ — ٣٦ . ويقول هذا المؤلف إن الطعن بالنقض يوقف التنفيذ في هولانده وإسبانيا ، وإنه يجوز في هولانده القضاء بالتنفيذ المؤقت رغم الطعن بطريق النقض . وقد أجازت المادة ٤٤٣ من القانون التركي لمحكمة النقض أن تقضي على وجه الاستعجال بوقف التنفيذ ، وإلزام طالبه بتقديم كفالة .





الاحكام التى تصدرها محكمة النقض وآثارها
وما يترتب عليها



نظرة عامة

٣٢٢ — محكمة النقض لا تتصل قانوناً بالخصومة القائمة أمامها إلا إذا قام لديها طعن رفع صحيحاً ، فى الميعاد ، من شخص يصح منه الطعن بصفته التى اتصف بها أمام المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه ، على شخص آخر كان خصما للطاعن أمام هذه المحكمة ، فى حكم يجوز الطعن فيه ، على ما سبق تفصيله فى موضعه من الكتاب السابق . ولذا كان عليها أن تتحقق أولاً من صحة تقرير الطعن من حيث وقوعه فى الميعاد وتوافر ما اشترط فى الحكم وفى الطاعن وفى خصومه من الشروط الشكلية ؛ فإن رأته معيباً فى بعض ذلك قضت بعدم جواز الطعن أو بعدم قبوله أو برفضه شكلاً ؛ وإن وجدته مقبولاً شكلاً فصلت فى موضوعه ، فإما رفضته وإما قبلته ونقضت الحكم المطعون فيه كله أو بعضه . فإذا قضت بعدم قبول الطعن أو برفضه موضوعا حكمت على رافعه بالمصاريف وبمصادرة الكفالة كلها أو بعضها أو بعدم مصادرتها ؛ وإذا رأت أن الطعن أريد به الكيد ، جازلها أن تحكم عليه بتعويض للمدعى عليه فى الطعن (المادة ٣٠ من القانون المعدلة بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣٣ الصادر فى ١٠ يوليه سنة ١٩٣٣) . وإذا قبلت الطعن نقضت الحكم المطعون فيه كله أو بعضه وفصلت فى المصاريف (المادة ٢٩) .

وإذا كان الحكم المطعون فيه قد نقض لمخالفته قواعد الاختصاص اقتصرت على الفصل فى مسألة الاختصاص ، وعند الاقتضاء تحيل الخصوم إلى الجهة المختصة . وإن كان قد نقض لغير ذلك من الأسباب ، أحالت القضية إلى المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه لتحكم هذه المحكمة فيها من جديد إذا طلب الخصوم ذلك منها ، وفى هذه الحالة يتحتم على المحكمة التى أحيلت إليها

القضية أن تتبع حكم محكمة النقض والإبرام فى المسألة القانونية التى فصل فيها . ويجب ألا يكون بين أعضاء المحكمة التى أحيلت إليها القضية أحد القضاة الذين اشتركوا فى إصدار الحكم المطعون فيه .

ومع ذلك إذا حكمت المحكمة بنقض الحكم لمخالفته للقانون أو لخطأ فى تطبيقه أو فى تأويله ، وكانت الدعوى صالحة للحكم فيها ، جاز للمحكمة أن تطلب الدعوى المذكورة وتحكم فيها (المادة ٢٩) .

وجميع الأحكام التى تصدرها محكمة النقض لا تجوز فيها المعارضة ، ولا يقبل الطعن فيها بطريق الالتماس (المادة ٣٢) . لكن يجوز لمحكمة النقض أن تصحح ما يقع فى أحكامها من الأخطاء المادية ، وأن تفسرها عند الاقتضاء بما يرفع من لبسها أو يزيل من غموضها .

الباب الاول

فى الأحكام الصادرة بعدم قبول الطعن أو برفضه

٣٢٣ — الحكم بعدم جواز الطعن ، أو بعدم قبوله ، أو برفضه شكلا ، أو برفضه موضوعا ، ينهى قضية الطعن ويجعل الحكم المطعون فيه غير قابل لطعن آخر ، ويترتب على صدوره إلزام الطاعن بالمصاريف وجواز مصادرة الكفالة كلها أو بعضها .

٣٢٤ — (ا) *انهاء القضية* : أما كون الحكم ينهى قضية الطعن فمعناه أنه لا تجوز فيه المعارضة ولا التماس إعادة النظر ، فقد منعت الفقرة الأولى من المادة ٣٢ المعارضة فيه[١] ، ومنعت الفقرة الثانية منها الطعن فيه بطريق الالتماس[٢] . وجاء فى المذكرة الايضاحية أن « هذه المادة ليست بحاجة لتعليل ، لأنه ينبغى أن تنتهى القضية متى فصلت فيها أعلى سلطة قضائية فى البلاد ، وإن كان بعض الخصوم قد تغيب فوزرهم على أنفسهم » .

ولعل شارعنا إذ أوجب على الخصوم أن ينيبوا عنهم من المحامين المقبولين أمام محكمة النقض من يودع باسمهم مستنداتهم ومذكرات بدفاعهم ، وإذ لاحظ سعة المواعيد المحددة لهذا الإيداع وكفايتها ، ولاحظ أنه لن يتعذر غالباً على محامى الخصم القيام بايداع ما لديه من الأوراق والمستندات فى الميعاد ، وأنه

(١) نصوص القانون الفرنسى صريحة فى جواز المعارضة فى أحكام النقض من جانب المدعى عليه إذا لم يعين محامياً أو تخلف محاميه عن تقديم مذكرة بدفاعه (مواد الفصل الثانى من الجزء الثانى من لائحة سنة ١٧٣٨)

(٢) الراجح فقهاً وقضاء فى فرنسا هو عدم جواز الالتماس (جارسونيه فقرة ٣٥٨ ص ٦٣٤ وفقرة ٤٢٠ ص ٧٢٦) وكذلك فى بلچيكا (سيمونيه ص ٢١٩ وهامش ٣ و ٤)

إن أودعها ثم تخلف عن حضور جلسة المرافعة الشفوية فحسب المحكمة أن تطلع على مذكرته ومستنداته ، وأنه إن أهمل الخصم اختيار محام يقوم عنه بتقديم مذكرة بدفاعه و إيداع مستنداته فقلما يكون له عذر مقبول ، وأنه ينبغى الاعتماد على فطنة المحكمة فى إصدار الحكم الصحيح فى القضية حتى لو لم يقدم الخصم لها مذكرته ومستنداته ، وأنه من النادر فى العمل أن يعلن الطعن للمدعى عليه إعلاناً باطلا لا يصل خبره إليه ، وأنه لن يفوت النيابة العامة ومحكمة النقض نفسها الانتباه إلى ما عسى أن يقع من وجوه البطلان فى الاجراءات . لعل الشارع إذ لاحظ ذلك وما يتصل به قد رجح أن عدم جواز الطعن بالمعارضة يكون أقل خطراً على حسن سير القضاء أمام محكمة النقض من فتح بابها على مصراعيه ، فرأى تحميل الغائب وزر غيابه مهما كانت معاذيره [(١)] .

٣٢٥ — (ب) عدم جواز رفع طعن ثان : أما صيرورة الحكم المطعون فيه غير قابل لطعن آخر بطريق النقض ، فمؤيد بالقاعدة المشهورة « لا طعن بعد طعن » المنصوص عليها فى القانون الفرنسى بالمادة ٣٩ من الباب الرابع من القسم الأول من لائحة ١٧٣٨ [(٢)] . وقد جرت محكمة النقض الفرنسية على التشدد فى الأخذ بهذه القاعدة على الرغم من عدم النص عليها فى قانون ١٦ سبتمبر سنة ١٧٩١ ، ولا فى قانون ٧ بريمور سنة ٤ وما تزال تقضى بعدم قبول أى طعن ثان ولو بنى على أسباب أُخَر ، أو كان الحكم الصادر بعدم قبول الطعن مبنيا على عدم مراعاة

(١) وقد أجازت محكمة النقض البلجيكية للمدعى عليه فى الطعن ، إذا نقض عليه الحكم المطعون فيه فى غيبته ، أن يلتجئ إليها لتسحب حكمها ولتقضى بعدم قبول الطعن شكلا ، وذلك فى صورة واحدة هى صورة ما إذا كان المدعى عليه لم يعلن له الطعن أصلا أو أعلن له إعلاناً باطلا بطلاناً أصليا وكان الأمر بحيث لو كانت تبينته محكمة النقض لحكمت بعدم قبول الطعن شكلا بدلا من حكمها بنقض الحكم المطعون فيه . ويسمى هذا الطلب عندهم «demande de restitution en entier» ولا يطلقون عليه اسم المعارضة (راجع سيمونيه ص ٢١٩ و ٢٣٠ وهوامشهما)

(٢) نص هذه المادة منشور فى جارسونيه ص ٧٢٦ هامش رقم ٤

الإجراءات الشكلية ، وكان ميعاد الطعن لا يزال ممتدا[١] . فمن خسر طعنه لأنه لم يقدم صورة الحكم المطعون فيه ، ومن لم يقبل طعنه لعدم إيداعه مبلغ الكفالة أو لعدم رفعه الطعن على نحو ما يجب قانوناً ، ومن حكم برفض طعنه المبنى على مخالفة القانون . كل أولئك لا يجوز لهم — فى مذهب القانون الفرنسى — الطعن مرة أخرى ، ولو حصل أولهم من بعد على صورة الحكم المطعون فيه ، وأودع ثانيهم مبلغ الكفالة ، وجدد ثالثهم طعنه بطريقة صحيحة ، و بنى رابعهم طعنه الجديد على سبب من نوع آخر كبطلان الحكم[٢] .

ونحن نميل إلى ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية من القضاء بعدم قبول الطعن الثانى إذا بنى على أسباب أُخَر ، استنادا إلى أن هذه الأسباب ليس من شأنها — والمعنى الجامع فيها وفى الأسباب الأولى هو مخالفة القانون أو الخطأ فى تطبيقه أو فى تأويله — أن تجعل قضية الطعن الثانى مغايرة لقضية الطعن الأول المقضى فيها برفضه . ولكننا لا نميل إلى الأخذ بمذهبها فى صورة ما إذا كان الطعن الأول قد رفض لعيب شكلى ، وكان الميعاد لا يزال موسعا فيه واستطاع الطاعن استدراك ما فاته من تلك الإجراءات الشكلية التى استوجبت الحكم بعدم قبول الطعن الأول أو رفضه شكلاً . وعلى ذلك فمن لم يقرر طعنه بقلم الكتاب ، ومن لم يودع مبلغ الكفالة قبل تقرير الطعن ، ومن لم يصح منه إعلان تقرير الطعن لخصمه فى الميعاد ، ومن لم يفصّل أسباب طعنه . كل أولئك يجوز لهم فى مذهبنا — إذا حكم بعدم قبول طعنهم أو برفضه — أن يقدموا طعناً آخر يستدركون فيه ما فاتهم من هذه الإجراءات ما بقى ميعاد الطعن ممتدا .

---

(١) جارسونيه فقرة ٤٢٠ ص ٧٢٧ هامش ٦ — وهذا هو مذهب الفقه والقضاء فى بلجيكا (سيمونيه فقرة ٢١٧) . راجع فى نقد هذا المذهب مقالا للمستشار جندبين Gendebien فى الباسكريزى بلچ سنة ١٩٢٢ ص ٧١ .

(٢) فاى فقرة ٢٥٨ ص ٢٩٤ ، وربرتوار داللوز فقرة ١٩٦٩ وملحقه فقرة ٤٥٥ ون . ف ٢٣ فبراير سنة ١٨٨٥ (د ٨٥ — ١ — ٣٠٧) .

٣٢٦ — على أن الحكم بعدم جواز الطعن أو بعدم قبوله أو برفضه شكلا أو برفضه موضوعا ، لا يجعل الحكم المطعون فيه غير قابل لطعن آخر إلا فى حق من طعن من خصوم الدعوى وفى خصوص الحكم المطعون فيه[1] . فمن لم يفلح فى طعن وجهه على بعض خصومه يجوز له أن يقدم طعناً آخر على غيرهم متى كان الحق قابلاً للتجزئة وكان ميعاد الطعن ممتدا . والحكم الصادر برفض طعن أحد طرفى الخصومة أو بعدم قبوله لا يمنع الطرف الآخر من الطعن فى ذات الحكم ، ولقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن الدائن المحكوم له — إذا خسر طعنه الذى وجهه إلى مدينه المحكوم عليه ببعض الطلبات دون بعض — لا يجوز له أن يدفع بعدم قبول طعن ورثة مدينه ، اعتمادا على الحكم الصادر برفض طعنه ، و بخاصة إذا كان هو لم يختصمهم بعد وفاة مورثهم ، فظلوا بعيدين عن طعنه هو حتى حكم برفضه[2] . كذلك من قضى برفض طعنه فى حكم صادر فى مسألة أو فى نقطة من نقط النزاع يصح له الطعن فى الحكم الصادر فى مسألة أخرى أو فى الحكم الأخير الصادر فى موضوع الخصومة ، إلا أن يكون الطعن فى الحكم الثانى مبنيا على مجرد كونه مترتباً على الحكم الأول ، فيعتبر الحكم الصادر برفض الطعن الأول صادرا كذلك برفض الطعن الثانى . ومن صوره أنه إذا طعن فى حكم صادر فى مسألة اختصاص ، ثم طعن احتياطيا فى الحكم الصادر فى الموضوع و بنى هذا الطعن على مجرد قيام الطعن فى الحكم الأول ، فإن الحكم الصادر برفض الطعن الأول يجعل الطعن فى الحكم الثانى متعين الرفض[3] .

٣٢٧ — ولا يمنع الحكم الصادر برفض الطعن أو بعدم قبوله من جواز

---

(١) فاى فقرة ٢٥٨ ص ٢٩٤ وجارسونيه فقرة ٤٤١ ص ٧٥٦ وربرتوار دالوز فقرة ١٩٨٧

(٢) حكم ١٤ أبريل سنة ١٨٠٦ (أشير إليه فى ربرتوار دالوز فقرة ١٩٨٧)

(٣) تعليقات دالوز فقرة ٥٢٢٥ وما بعدها و ع . ف ١٣ فبراير سنة ١٨٨٨ (د ٨٨ — ١ — ٣٢٠) وراجع فى صور أخرى ن . ف ٢٣ يونيه سنة ١٩٠٣ (د ٩٠٣ — ١ — ٤٥١ و ٤٥٥) و ع . ف ١٦ نوفبر سنة ١٨٨٥ (د ٨٧ — ١ — ١٢)

الطعن فى الحكم المطعون فيه بطريق الالتماس ، لاختلاف طبيعة الطعنين ومغايرة وجوههما واحتمال ظهور وجوه الالتماس بعد الحكم برفض الطعن بطريق النقض [١]

٣٢٨ — (ج) الزام الطاعن بالمصاريف : إذا كانت المادة ٣٠ من قانون محكمة النقض قد صرحت بأن هذه المحكمة متى قضت بعدم قبول الطعن أو برفضه حكمت على رافع النقض بالمصاريف ، فقد أشارت المادة ٢٨ منه — فيما أشارت إلى وجوب تطبيقه فى قضايا الطعون من القواعد الخاصة بالأحكام — إلى نص المادة ١١٣ من قانون المرافعات التى تجيز الحكم بالمقاصة فى المصاريف أو تخصيصها على الخصوم حسب ما تراه المحكمة وتقدره فى حكمها . ولهذا رأينا محكمتنا تحكم أحيانا بإلزام المدعى عليه فى الطعن بمصاريف دفوعه التى حكمت برفضها [٢] ، وتحكم بقبول الطعن فى جزء من الحكم وتلزم رافع الطعن مع ذلك بجميع المصاريف [٣] ، وتحكم فى طعنين مضمومين برفضهما مع إلزام كل طاعن بمصاريف طعنه وجعل مصاريف الحكم مناصفة بينهما [٤] .

ولم تجر محكمتنا على ما جرت عليه محكمة النقض الفرنسية من تقدير المصاريف المحكوم بها [٥] فى الحكم ، بل جرى العمل على أن يقدرها رئيس الدائرة المدنية بأمر يصدر عنه ويعارض فيه بالأوضاع المعتادة ، وفق المواد ١١٦ و ١١٧ و ١١٨ من قانون المرافعات ، كما جرت على تقدير مقابل أتعاب المحاماة فى الحكم . أما أتعاب المحامى التى يستحقها على موكله فقد قضت محكمتنا بعدم اختصاصها

(١) فاى فقرة ٢٥٨ ص ٢٩٥ وربرتوار دالوز فقرة ١٩٨٢

(٢) حكم ٢٨ يناير سنة ١٩٣٢ (المحاماة س ١٢ رقم ٤١٦ ص ٨٤٢)

(٣) حكم ١٠ مارس سنة ١٩٣٢ (مج س ٣٣ عدد ١٨٤ ص ٣٥٨)

(٤) حكم ٥ يناير سنة ١٩٣٣ فى الطعنين رقم ٤٨ و ٥٣ س ٢ قضائية .

(٥) لم تفصح لائحة سنة ١٧٣٨ عمن يحكم عليه بمصاريف الطعن ، غير أن المحكمة قد سارت على الأخذ فيها بالقاعدة العامة التى تلزم من خسر الدعوى بمصاريفها ، ولكنها لم تستبح الحكم بالمقاصة فيها ولا بتخصيصها (كاربنتيه فقرة ٤٨٢٨) .

بتقديرها كتقدير مصاريف الدعوى[1] .

٣٢٩ — (د) مصادرة الكفالة : ويترتب على الحكم بعدم قبول الطعن أو برفضه جواز مصادرة الكفالة كلها أو بعضها (المادة ٣٠ من قانون محكمة النقض)[2] .

وقد كانت المادة ١٦ والمادة ٣٠ من قانون إنشاء محكمة النقض تنصان كلتاهما على الحكم بمصادرة الكفالة إذا رفض الطعن أو حكم بعدم قبوله ، وكان المفهوم منهما أن المصادرة واجبة ، فلما اقترح تعديلهما بأن يكتفى بالحكم على الطاعن بالمصاريف فى حالة عدم قبول الطعن ، وألا يحكم بمصادرة الكفالة وجوبا إلا فى حالة ما إذا ظهر أن الطعن قد أريد به الكيد ، لم توافق لجنة الحقانية بمجلس الشيوخ « على تعليق الحكم بالمصاريف وبمصادرة الكفالة على كون

---

(١) حكم ١٤ يونيه سنة ١٩٣٤ (القانون والاقتصاد س ٤ رقم ٦١ ص ١٨٠ والمحاماة س ١٥ ق ١ رقم ٢٥ ص ٤٧ ومج س ٣٥ رقم ٢٠٩ ص ٢٥٣) ومما جاء فى هذا الحكم أن المفهوم من المواد ١١٣ و١١٦ و١١٧ ومن باقى المواد الخاصة بالمصاريف وكيفية تقديرها ومن يطلب هذا التقدير ومن يطلب عليه ، وكيف تحصل المعارضة فيه ومن يكون خصما فيها ، أن الشارع إنما ألزم الخصم الذى خسر دعواه لخصمه الآخر بمصاريف الدعوى ، استناداً إلى أنه هو الذى تنبغى مساءلته عن هذه المصاريف كتعويض عن الضرر الذى أصاب الخصم برفعه هو دعوى مبطلة أو منازعة خصمه فى دعواه الحقة . ولهذا كانت هذه المصاريف لا تشمل إلا النفقات اللازمة قانوناً والناشئة مباشرة عن رفع الدعوى وسيرها ، ووجب أن تدخل فيها بالضرورة ما تكبده المحكوم له من أتعاب محاميه ، وإن جرى العرف بأن لا يقدر له منها إلا جزء يسير لا يتناسب مع ما دفعه لمحاميه ولا مع قيمة النزاع وأهميته ، وترتب على هذا العرف أن يتحمل من كسب الدعوى ما دفعه لمحاميه زائداً عما قدرته له المحكمة من أتعاب على خصمه . أما أتعاب المحامى على موكله يقتضيها هو منه فلا يمكن أن تلتحق فى النظر بالمصاريف ، ما دامت المحكمة لا تحكم (بالمصاريف) إلا لمن كسب الدعوى على خصمه الذى خسرها ... ثم قالت إنها لا تستطيع أن تتبع عرف بعض المحاكم المخالف للقانون ، فتمد اختصاصها إلى خصومة جديدة موضوعية صرف بين المحامى الذى حضر أمامها وموكله فتضطلع بها لخصا وتحقيقاً على ما تسير به محكمة الموضوع المختصة ، وليس هذا من قبيل ما عهد إليها به .

(٢) الكفالة تصبح حقا للخزانة فى فرنسا بمجرد صدور الحكم برفض الطعن أو بعدم قبوله ، فالمصادرة واجبة ولا يجوز الاعفاء منها (فاى فقرة ٢٢٦ ص ٢٦٠ وبهامش ٢ نص المادة ٣٧ من لائحة ١٧٣٨ الذى فهم منه وجوب مصادرة الكفالة)

الطعن كيديا لأن الكفالة لا علاقة لها بالكيد ، فانها شرعت لمنع الطعون المبنية على الرعونة والتسرع » ، ولكنها وافقت على أن تكون مصادرة الكفالة كلها أو بعضها جوازية عند الحكم برفض الطعن ، ثم لم تر حاجة إلى النص على الحكم بمصادرة الكفالة فى حالة كيدية الطعن اعتباراً بأن ذلك من قبيل تحصيل الحاصل ، لأن المحكمة إذا حكمت بتعويض لا يعقل أن تترك الكفالة . ولما وضع الاقتراح بمشروع القانون المعدل لأحكام قانون إنشاء محكمة النقض قالت وزارة الحقانية فى مذكرتها الإيضاحية « أما تحتيم مصادرة الكفالة فى حالة عدم قبول الطعن على الاطلاق ، ففيه صد للناس عن محكمة النقض ، وفيه تقييد لحرية المحكمة ، وكان يجب أن يكون لها الأمر فى مصادرة الكفالة وعدم مصادرتها لأنها هى وحدها التى تستطيع تقدير موقف رافع النقض ووجاهة طعنه وعدم وجاهته ، فانه فى كثير من المواقف لا يسعد الإنسان بالقانون ولكن يكون العطف عليه عظيما والحس متجهاً نحو عدالة مطلبه » . وعلى هذا ألغى قانون ١٠ يوليه سنة ١٩٣٣ المادة ٣٠ واستبدل بها مادة أخرى نصها :

« إذا قضت محكمة النقض بعدم قبول الطعن أو برفضه حكمت على رافع النقض بالمصاريف ، ويجوز لها أن تحكم بمصادرة مبلغ الكفالة أو بعضه ، وإذا رأت أن الطعن أريد به الكيد فلها أن تحكم عليه بالتعويض للمدعى عليه فى النقض » .

٣٣٠ — وقد جرى القضاء الفرنسى على اعتبار التقرير باثبات التنازل عن الطعن فى أية حالة كانت عليها الدعوى بمثابة الحكم الصادر بعدم قبول الطعن الذى يسوغ الحكم بمصادرة الكفالة[١] ، وجرى القضاء البلجيكى على عكس ذلك[٢] . أما محكمتنا فقد جرت منذ إنشائها على عدم المصادرة فى حالة

---

(١) ربرتوار دالوز فقرة ٧٨٩

(٢) ن . ف ٨ يناير سنة ١٨٣٥ (ربرتوار دالوز فقرة ٧٨٨)

التنازل أو الصلح[1] أو ترك المرافعة[2] .

٣٣١ — وجرى قضاء محكمة النقض الفرنسية — عند تعدد الكفالة — على أن لا تصادر منها إلا كفالة واحدة عن كل مصلحة واحدة فى الطعن . فاذا طعن إنسان فى حكم صادر عليه ، وطعن دائنه فيه لمصلحة مدينه ، فان محكمة النقض — إذا حكمت بعدم قبول طعن الدائن و برفض طعن المدين — تحكم بمصادرة الكفالة التى دفعها المدين وتأذن للدائن باسترداد كفالته[3] . و إذا اتحدت مصلحة اثنين فى طعنين اكتفت بمصادرة إحدى الكفالتين[4] . و إذا كان الحق غير قابل للتجزئة ورفعت بشأنه طعون متفرقة ودفع عن كل منها كفالة خاصة فان محكمة النقض لا تأمر إلا بمصادرة كفالة واحدة[5] .

٣٣٢ — والمعفى لفقره من تعجيل دفع الرسوم ومن إيداع مبلغ الكفالة يلزم بالمصاريف ، ويجوز إلزامه بدفع مبلغ الكفالة كما يجوز إعفاؤه من دفعها كلها أو بعضها .

---

(١) ن . م . م ٢٩ نوفبر سنة ١٩٣١ (المحاماة س ١٢ رقم ١٢٦)

(٢) ١٤ يناير سنة ١٩٣٢ (فى الطعن رقم ١ س ٢ قضائية) و ٨ فبراير سنة ١٩٣٢ (فى الطعن رقم ٢٣ س ١ قضائية) وراجع حكم الدائرة الجنائية فى ٦ فبراير سنة ١٩٣٣ وقد جاء فيه أن المادة ٣٦ من القانون (الخاصة بالنقض الجنائى) لا تجيز مصادرة الكفالة إلا فى حالة الحكم بعدم قبول الطعن أو برفضه ، فما دام التنازل قد وقع قبل صدور أى حكم فى النقض ، فمن المتعين رد الكفالة . ولا محل للبحث فيما إذا كان الطعن الوارد عليه التنازل هو طعن من شأنه فى ذاته أن يقبل أو لا يقبل ، ولا للقول بأن رد الكفالة لا يصح إذا كان الطعن فى ذاته غير مقبول ، بل كل بحث من هذا القبيل يكون من جهة افتياتاً على ما يوجبه التنازل من عدم إمكان نظر شىء فى الدعوى ، ويكون من جهة ثانية افتياتاً على ما يقتضيه النص على عدم المصادرة إلا فى حالة الحكم بعدم قبول الطعن أو رفضه (المحاماة س ١٣ رقم ٥٩٤)

(٣) كاربنتيه فقرة ٤٨٠١ وحكم ١٠ يناير سنة ١٨٥٥ (س ٥٥ — ١ — ١٥)

(٤) كاربنتيه فقرة ٤٨٠٣ وحكم ٣ أبريل سنة ١٨٣٩ (س ٣٩ — ١ — ٢٥٧)

(٥) كاربنتيه فقرة ٤٨٠٣ وحكم ٢٩ نوفبر سنة ١٨٥٣ (س ٥٥ — ١ — ١٣٥) و ٩ يونيه سنة ١٨٥٢ (د ٥٤ — ١ — ٤٣٣) وأول أبريل سنة ١٨٨٩ (س ٩١ — ١ — ٥٣٤) وكاربنتيه فقرة ٤٨٠٥

الباب الثانى

فى الأحكام الصادرة بقبول الطعن
ونقض الحكم المطعون فيه

٣٣٣ — متى نقضت محكمة النقض الحكم المطعون فيه فانه يكون لحكمها من يوم صدوره آثار قانونية يجب تحديدها بين من من الخصوم تكون ، من جهة ، وبالنسبة لأى جزء من أجزاء الحكم المطعون فيه من جهة أخرى . فهذا الباب يتناول إذن بحث المسائل الآتية :

(الأولى) من من الخصوم يستفيد من حكم محكمة النقض ومن منهم يحتج به عليه ؟

(الثانية) ما الذى ينقض من الحكم المطعون فيه ؟

(الثالثة) ما الآثار التى تترتب على حكم النقض ؟

الفصل الأول

فيمن يستفيد من الحكم الصادر بالنقض
ومن يحتج به عليه

٣٣٤ — لا تظهر آثار الحكم الناقض إلا فى حق طرفى الخصومة أمام محكمة النقض . فلا يفيد منه إلا من طلب نقض الحكم المطعون فيه على الوجه الصحيح قانوناً ، ولا يضارّ به إلا من صح اختصامه فى الطعن ودعى للذود عن

الحكم المطعون فيه وصدر فى مواجهته حكم النقض ، لا فرق فى ذلك بين أن يكون النقض قد بنى على ما قدمه الطاعن من أسباب لطعنه أو بنى على ما أثارته محكمة النقض من تلقاء نفسها من أسباب النظام العام[١] .

ومن تطبيقات هذا الأصل :

(١) أنه إذا لم يطعن الخصم المحكوم بإلزامه بجزء من المصاريف فى الحكم الصادر عليه بذلك ، بل كان غيره هو الذى طعن فيه وقضى بنقضه و باحالة الدعوى إلى محكمة أخرى للفصل فيها من جديد ، فانه لا يجوز لمحكمة الاحالة اعتمادا على حكم النقض ، أن تخلى سبيل ذلك الخصم المقضى عليه بذلك الجزء من المصاريف مما قضى عليه به[٢] .

(٢) أنه إذا حكم بنقض جزء من الحكم المطعون فيه و إحالة الدعوى فيما يتعلق به إلى محكمة أخرى لتفصل فيه من جديد ، فلا يجوز للمدعى عليه فى الطعن أن يبدى أمام هذه المحكمة ما سبق أن حكمت محكمة الموضوع برفضه من طلباته ، ما دام هو قد ترك الطعن فى جزء الحكم الصادر برفض طلباته هذه حتى اكتسب قوة الشىء المحكوم به الانتهائية[٣] .

---

(١) جارسونيه فقرة ٤٤٢ و ٤٤٤ وبهامش ١ الأحكام المؤيدة للقاعدة وفاى فقرة ٢٦٦ وبرتوار دالوز فقرة ٢٠٠٦ و ٢٠١١ و ٢٠١٣ وملحق دالوز فقرة ٤٥٦ وكاربنتيه فقرة ٤٨٤٢ وما بعدها .

(٢) كاربنتيه فقرة ٤٨٤٥ وحكم ٢٤ مايو سنة ١٨٥٤ (س ٥٥ — ١ — ٧٣٧)

(٣) ننبه إلى التفرقة بين الصورة المبينة فى المتن وصورة ما إذا كانت المحكمة — مع حكمها برفض دعوى المدعى — قد حكمت برفض دفوع للمدعى عليه وكان المدعى هو الذى طعن فى الحكم وحكم له بقبول طعنه ، حيث يكون للمدعى عليه فى هذه الصورة أن يتمسك بتلك الدفوع أمام محكمة الاحالة ، لأن حقه فى ذلك يتجدد له بمجرد نقض الحكم الصادر برفض الدعوى ، ذلك بأن طعن المدعى فى الحكم الصادر برفض طلباته لا يلزم المدعى عليه — كما أسلفنا — برفع طعن فرعى عما قضى به هذا الحكم من رفض دفوعه ، بل لا يجيزه له لانعدام مصلحته فيه (راجع ما قلناه فى ص ٥٤٢ وهامشها رقم ١ وانظر ربرتوار دالوز فقرة ٢١٧١ والتعليق على حكم ٧ ابريل سنة ١٨٥٢ فى د ٥٢ — ١ — ١٠١)

٣٣٥ — تلك هي قاعدة الباب ، لكن القضاء الفرنسي قد رأى وجوب تعدية آثار الأحكام الناقضة إلى غير من صدرت بينهم في الأحوال الآتية :

اتحاد وجوه دفاع بعض الخصوم أمام محكمة الموضوع : إذا تعدد الملتزمون وأنكروا أصل التزامهم أو دفعوا دعوى المطالبة به بدفع عام موضوعي أو قانوني وصدر الحكم عليهم ، فان الحكم الذي تصدره محكمة النقض في الطعن المرفوع من بعضهم بنقض الحكم المطعون فيه تتعدى آثاره إلى الباقين . من ذلك أن توزيعاً على حسب درجات الدائنين أرصد قاضيه في قائمة التوزيع المؤقتة لحساب دين من الديون بعضاً من المال المقتضى توزيعه فنازع في ذلك جميع الدائنين ، ولما قضت محكمة الموضوع برفض مناقضتهم وباعتبار قائمة التوزيع انتهائية ، وطعن بعضهم في هذا الحكم وقضت محكمة النقض بنقضه ، اعتبرت هذه المحكمة حكمها الناقض متعدى الأثر إلى جميع الدائنين ، من طعن منهم ومن لم يطعن[1] . وإذا طعن المدين المحجوز على ماله لدى الغير في الحكم الصادر بصحة الحجز ثم نقض هذا الحكم ، فانه يكون للمحجوز لديه المقضى عليه بإلزامه بدفع دين الحاجز لعدم قيامه بالتقرير بما في ذمته أن يستفيد من حكم النقض ، ولو لم يكن طرفا فيه[2] .

تبعية بعض الخصوم لبعضهم وصدور الحكم بقبول وجه طعن مقدم من أحدهم : إذا كان وجه الطعن (الذي قبل واقتضى نقض الحكم المطعون

(١) ن . ف ٢٦ يونيه سنة ١٨٥٢ (د ٥٢ — ١ — ٢٩٨) وفاي فقرة ٢٦٦ وهامش ٩ وتعليقات دالوز فقرة ٥٢٦١

(٢) هذا المثال يبدو غريباً في مصر ، لأن تكليف المحجوز لديه بالتقرير بما في ذمته يكون في فرنسا بدعوى ، وهذه الدعوى يجوز ضمها (وكثيراً ما تضم) لدعوى صحة الحجز إذا كان الحجز تنفيذيا . أما في مصر فاذ كانت إجراءات التقرير بما في الذمة لا تبدأ إلا بعد الحكم نهائيا بصحة الحجز التحفظي ، وإذ كان الحجز التنفيذي لا ترفع بطلب صحته دعوى ما ، فالقول بأن المحجوز لديه يعتبر خصما يستفيد من الحكم الصادر لمصلحة خصم آخر ، لا يكون مستقيما في مصر ، كما جاز أن يستقيم في فرنسا .

فيه) مقدماً من أحد المحكوم عليهم وخاصا به ، وكان بين مركز رافع الطعن ومركز غيره ارتباط أو تبعية un lien de dépendence بحيث لا يستقيم عقلا اعتبار الحكم الناقض مقصور الأثر على الطاعن ، فانه يكون لهذا الغير الذى لم يطعن فى الحكم — أو الذى طعن وأقام طعنه على وجوه أُخَر — أن يستفيد من حكم النقض الذى صدر لمصلحة الطاعن ، لاعتبار الحكم المطعون فيه منقوضا لمصلحته كذلك[1] .

ومن أمثلة هذه القاعدة أن صانعاً ألحق ما استأجره من الآلات الصناعية بمصنعه ، ثم رهن المصنع واختلف مع مؤجره ، ولما طالبه المؤجر بفسخ عقد الاجارة وتسلم الآلات دفع الدعوى بأن العقد عقد بيع ، أو أنه كان إجارة ابتداء ثم صار بيعاً انتهاء ، وزعم المرتهن — وقد تدخل خصما ثالثاً — أنه ارتهن المصنع بآلاته التى التحقت به ، وصار لا وجه لطلب تسلمها سواء أكان العقد بيعاً أم كان إجارة ، فحكمت محكمة الدرجة الأولى بطلبات المدعى على اعتبار أن العقد عقد إجارة ، فاستأنف المستأجر والمرتهن هذا الحكم ، كل منهما استئنافاً مستقلا ، وأضاف المرتهن إلى ما تمسك به لدى المحكمة الابتدائية ما محصله أن عقد الاجارة غير ثابت التاريخ فلا يصح الاحتجاج به عليه ، فحكمت محكمة الاستئناف بحكم واحد بتأييد الحكم المستأنف بأسبابه ؛ فطعن المستأنفان فى هذا الحكم ، وكان مما انفرد المرتهن بالطعن به أن محكمة الاستئناف خالفت القانون فى اعتبارها عقد الاجارة عقدا جائزا الاحتجاج به عليه بالرغم مما أبداه من عدم جواز ذلك لعدم وجود تاريخ ثابت لهذا العقد ، وأن الحكم المطعون فيه خال من الأسباب التى كان يجب أن ترد بها المحكمة على هذا الوجه الجديد الذى قدمه لدى محكمة الاستئناف ، فبحثت محكمة النقض هذا الشق الأخير من وجه الطعن ونقضت الحكم المطعون فيه على موجبه ، وأحالت القضية برمتها لمحكمة موضوع أخرى

(١) ملحق دالوز فقرة ٤٥٧

ليحكم فيها بين الخصوم جميعاً ، لما بين مركز المرتهن والمستأجر من تبعية وارتباط[١] .

حالات عدم التجزئة والتضامن والضمان : وقد جرى القضاء الفرنسي على اعتبار الأحكام الناقضة متعدية الأثر إلى غير من صدرت بينهم ، في حالات عدم التجزئة والتضامن والضمان . فمن كان خصما أمام محكمة الموضوع وتوثقت عرى المصلحة الواحدة بينه و بين الطاعنين في الطعن — بحيث يتعذر القول بنقض الحكم المطعون فيه في حق من شهد الخصومة أمام محكمة النقض فحسب — فانه يتعدى إليه أثر نقض الحكم ، ولو لم يكن قد حضر الخصومة أمام محكمة النقض[٢] .

ومن صور ذلك : شركة مساهمة أشهر تفليسها ، ثم سئل مديرها عما قصر فيه من عدم ملاحظة وقوع الاكتتاب بالقدر الواجب من رأس مالها عند إنشائها ، وسئل مراقبها عن تقصيره في إحاطة جمعية المساهمين علما بحال الشركة ، فحكم عليهما متضامنين بالتضمينات . طعن المراقب في هذا الحكم وكان من أسباب الطعن مخالفة الحكم للقانون وقصوره عن بيان ما اعتبر به الطاعن مخطئاً ومقصرا هذا التقصير الذى اقتضى الحكم عليه بالتضمينات ، فقبلت محكمة النقض هذا الطعن وصرحت في حكمها بأنها نقضت الحكم المطعون فيه في حق مراقب الشركة وفي حق مديرها لصدور الحكم عليهما بالتعويض متضامنين[٣] .

وأخذُ القضاء المصرى بهذا الاستثناء في أحوال وحدة المصلحة والتضامن وعدم التجزئة مشهور تفيض به المجلات القضائية المختلفة . وكثيرا ما قضت دائرتنا الجنائيـة بأن للمحكوم عليهم الذين لم يقدموا أسبابا لطعنهم أن يستفيدوا

(١) ن . ف ٣١ ديسمبر سنة ١٨٨٤ (د ٨٥ — ١ — ٣٦٤) .
(٢) ملحق دالوز فقرة ٤٦٥ وفاى فقرة ٢٦٦ و ن . ف ٢٥ يونيه سنة ١٨٨٣ (س ٨٤ — ١ — ١١٠)
(٣) ن . ف ٤ يونيه سنة ١٨٨٣ (س ٨٤ — ١ — ١١٣)

من طعن أحدهم المقبول شكلا وموضوعا لوحدة المصلحة القائمة على وجوب تطبيق القانون تطبيقاً صحيحاً [١] ، و بأن المتهم الذى لم يقدم أسبابا لطعنه يستفيد من قبول طعن غيره إذا اتحد مركزهما وصالحهما فى الاتهام [٢] ، أو كانت تهمة الاثنين واحدة وغير قابلة للتجزئة [٣] ، أو كانت الواقعة لا عقاب عليها [٤] ، أو كانت تهم المتهمين جميعاً مرتبطة بعضها ببعض [٥] ، كما قضت بأن الشريك بالاتفاق والمساعدة يستفيد من نقض الحكم بالنسبة للفاعلين الأصليين ، ولو لم يقدم تقريرا بأسباب النقض فى الميعاد [٦] .

أما فى حالة الضمان ، فقد ثبت القضاء الفرنسى على أنه متى ارتبطت دعوى الضمان بالدعوى الأصلية وصارت تابعة لها ، وأصبح الحكم فى إحداهما فرعا عن الحكم فى الأخرى ، فان الحكم الصادر لمصلحة الضامن بنقض الحكم المطعون فيه فى الدعوى الأصلية يعتبر صادراً كذلك لمصلحة المضمون فى الدعوى الأصلية [٧] ، والحكم الصادر لمصلحة المضمون يعتبر لمصلحة ضامنه أيضاً [٨] ، فان لم ترتبط الدعويان إحداهما بالأخرى انحصرت آثار الطعن بين من كانوا خصوماً فيه [٩] .

أما دائرتنا المدنية فقد أعلنت مذهبها فى حالة الضمان بحكم أصدرته فى ٢٣ مارس

(١) ن . م ١٧ يناير سنة ١٩٢٩ (المحاماة س ٩ ص ٤٩٣)
(٢) ن . م ٢٥ مايو سنة ١٩٢٧ (المحاماة س ٨ ص ٢٩٣)
(٣) ن . م ٨ مارس سنة ١٩٢٧ (المحاماة س ٨ ص ٢٨٣)
(٤) ن . م ٢ نوفبر سنة ١٩٢٦ (المحاماة س ٧ ص ٥٦٣)
(٥) ن . م ٣ ديسمبر سنة ١٩٢٣ (المحاماة س ٤ ص ٤٣٣)
(٦) ١٧ يناير سنة ١٩٢٩ (المحاماة س ٩ ص ٤٩٣)
(٧) فاى فقرة ٢٦٦ و ن . ف ١٢ يونيه سنة ١٨٨٣ (د ٨٤ — ١ — ٧٢) و ن . ف ٩ أبريل سنة ١٨٨٤ (س ٨٤ — ١ — ٢٣٧) و ن . ف ٣ فبراير سنة ١٩٠٤ (د ٩٠٥ — ١ — ٣١٥ القضية الرابعة) وتعليقات دالوز فقرة ٥٢٧٠ إلى ٥٢٨٣ وكاربنتيه فقرة ٤٨٥٣ وما بعدها .
(٨) ن . ف ١٧ نوفبر سنة ١٨٨٦ (س ٨٧ — ١ — ٤٢٥) وكاربنتيه ٤٨٥٧
(٩) ن . ف ١١ يولية سنة ١٨٨٢ (س ٨٥ — ١ — ١٤) وكاربنتيه ٤٨٥٩ و ن . ف ١١ يوليه سنة ١٨٧٠ (د ٧١ — ١ — ٢٦) وقد أشير إلى الحكمين فى تعليقات دالوز فقرة ٥٢٨٢ و ٥٢٨٣ .

سنة ١٩٣٣ قالت فيه : إنه متى تعين قبول الطعن من المضمون فى الدعوى الأصلية ونقض الحكم الصادر فيها وجب قبول الطعن المقدم من الضامن فى دعوى الضمان ونقض الحكم الصادر فيها كذلك ، وهذا بصرف النظر عما قدمه هو فى طعنه من أسباب و بغير حاجة إلى بحثها [1] .

الفصل الثانى

فى تحديد ما ينقض من الحكم المطعون فيه

---

٣٣٦ — قد يطعن فى الحكم كله أو بعضه ، وقد ينقض الحكم كله أو بعضه كذلك . فيكون النقض جزئيا إذا طعن أحد أصحاب الشأن فى الحكم وقبله الآخرون ، أو كان الطعن فى بعض أجزاء الحكم دون بعض ، أو كانت محكمة النقض لم تقبل من أسباب الطعن فى الحكم كله إلا ما تعلق بجزء منه . و يكون النقض كليا إذا تعلق وجه الطعن الذى قبل بالحكم كله ، كما إذا كان سبب النقض وقوع بطلان فى الحكم أو فى الإجراءات المؤثرة فيه .

وكثيراً ما تفصح محكمة النقض فى منطوق حكمها عما تكون قد قضت بنقضه من الحكم المطعون فيه ، فتنص مثلا على أنها حكمت بنقض الحكم فيما قضى به من رفض طلب الفوائد أو من إلزام المحكوم عليهم متضامنين . فان لم تفصح عن ذلك فسبيل معرفة ما نقض وما لم ينقض ، إنما هو الرجوع إلى حكمها نفسه

---

(١) ن . م . م ٢٣ مارس سنة ١٩٣٣ (القانون والاقتصاد س ٣ رقم ١١٢ ص ١٠٥ ، اقرأ آخر الحكم ص ١٠٩ — ١١٠) واقرأ حكماً آخر فى ١٩ ديسمبر سنة ١٩٣٥ قررت فيه المحكمة أنه إذا رفعت دعوى على إنسان ، فرفع هو دعوى فرعية ليجيب بها بصفة احتياطية على الدعوى المرفوعة عليه وارتبطت الدعويان ثم نقض الحكم فى الدعوى الأصلية المرفوعة عليه ، فان ذلك يترتب عليه نقض الحكم الصادر فى الدعوى الفرعية المرفوعة منه (القانون والاقتصاد س ٦ رقم ١٩ ص ٩٢)

ومقارنة منطوقه وأسبابه بأسباب الطعن وطلبات الخصوم ، والأخذ عند هذه المقارنة بقواعد حجية الشيء المحكوم به[١] . فان خفيت أعلام الطعن وتنكرت معالمه وغم الحكم وعُميت مسالكه تعين الرجوع إلى محكمة النقض لتبدى هى مكنون حكمها وتبرز دخلته وتكشف عن منهاجه[٢] ، وإلا حمل النقض على إطلاقه واعتبر الحكم المطعون فيه منقوضاً كله[٣] .

وقاعدة الباب هى أن النقض لا يتناول من الحكم المطعون فيه إلا ما تناولته منه أسباب الطعن التى حكم بقبولها و بنى النقض على أساسها[٤] .

٣٣٧ — فإذا كان الحكم متعدد الأجزاء ، وكان لكل جزء موضوعه وسببه متميزين ومستقلين عن موضوعات الأجزاء الأخرى وأسبابها ، وكان الطعن فى بعضها دون بعض ، فإن النقض — مهما تكن صيغة الحكم الصادر به — لا يكون إلا جزئيا لا يتناول من الحكم المطعون فيه إلا ما تناولته منه

---

(١) فاى فقرة ٢٦٣ ص ٢٩٨ وإذ لا سبيل للطعن فى الأحكام التى تصدرها محكمة النقض ، فان حكمها — إذا قضى خطأ بنقض ما لم يشمله الطعن من أجزاء الحكم المنقوض — يقيد محكمة الاحالة ويجعلها مختصة بنظر ما أحيل إليها الفصل فيه من أجزاء الدعوى التى تناولها حكم النقض خطأ .

(٢) المرجع السابق و ن . ف ١٧ يونيه سنة ١٨٥٠ (د ٥٠ — ١ — ١٩٣) ويرفع طلب التفسير إلى محكمة النقض بالكيفية التى يقدم بها الطعن ، أى يقرر طالب التفسير رأيه بقلم الكتاب ويطلب الحكم بصحته ، ويعلن الطلب للخصم ، ثم يحضر تحضير الطعن ويقدم للجلسة . وظاهر أن محكمة النقض قد لا تستجيب إلى طلب التفسير ، على أنها إذا رفضت الطلب فان حكمها فيا تضمنه من بيان وجه الرأى يجب الائتمام به .

(٣) فاى فقرة ٢٦٤ ص ٢٩٩

(٤) ربرتوار دالوز فقرة ٢٠١٤ وملحقه فقرة ٤٦٣ و ن . ف ٢٠ نوفبر سنة ١٨٩٥ (د ٩٦ — ١ — ٢٢٩) وسيمونيه ص ٢٢٩ وهوامشها . وتقول محكمتنا فى حكمها الصادر فى ٢٤ اكتوبر سنة ١٩٣٥ إنه إذا كان الحكم المطعون فيه متعدد الأجزاء وكان وجه الطعن متعلقاً بجزء منه بعينه ورأت المحكمة قبول هذا الوجه ، فهذا القبول لا يتسع لأكثر مما شمله الطعن (القانون والاقتصاد س ٦ رقم ٢ ص ٦ وما بعدها والمحاماة س ١٦ رقم ٢٠٣ ص ٤٦٣)

محكمة النقض وقبلته ، بناء على أسباب الطعن المفصلة فى تقريره [١] . فإذا حكم برفض ما دفع به من عدم الاختصاص أو عدم الصفة ، و بطلبات المدعى فى الموضوع ، وطعن فى الحكم الصادر فى الموضوع ، فإن النقض لا يكون إلا فى هذا الجزء الأخير فحسب [٢] . وكذلك يكون النقض جزئيا إذا كان مبنى الطعن هو خلو الحكم الصادر فى أحد الطلبات من ذكر الأسباب التى بنى عليها [٣] .

ومن تطبيقات محكمة النقض الفرنسية فى ذلك أن محكمة اعتمدت حساباً أدخلت فيه مبلغين على خلاف مقتضى حكم سابق ، ثم طعن فى حكمها بمخالفته لحجية الشيء المحكوم به فى هذين المبلغين فنقض الحكم وأحيلت الدعوى إلى محكمة أخرى . فلما فصلت محكمة الاحالة فى الدعوى كلها من جديد على أساس أن هذا النقض قد شمل الحكم كله وطعن فى حكمها لدى محكمة النقض ، نقضته هذه المحكمة وذكرت فى حكمها أنها لم تنقض بحكمها الأول إلا ذلك الجزء الخاص بالمبلغين اللذين أدرجا فى الحساب على خلاف مقتضى ذلك الحكم الانتهائى السابق المشار إليه فى حكم النقض الأول [٤] .

ومنها أن محضراً طولب بدفع مبلغين على سبيل التعويض ، أحدهما قيمة دين أضاعه بإهماله على صاحبه ، والثانى قيمة ما يستحقه الخصم من التعويض لتأخر المحضر فى دفع قيمة هذا الدين له من يوم طلبه منه . قضت المحكمة بالمبلغين

---

(١) جارسونيه ص ٧٦٣ هامش ١٢ وفاى فقرة ٢٦٤ ص ٢٩٩ و ع . ف ٢٧ نوفبر سنة ١٨٧١ (د ٧٢ — ١ — ٩٢) و ع . ف ١١ نوفبر سنة ١٨٩٦ (د ٩٧ — ١ — ١٩٠) .

(٢) كاربنتييه فقرة ٤٨٦٩ ون . ف ٢٧ مايو سنة ١٨٣٧ (س٣٨ — ١ — ١٨٦) . ونوجه النظر إلى الفرق بين هذه الحالة وحالة ما إذا كان حكم برفض الدفع وبرفض الدعوى وكان المدعى هو الذى طعن فى الحكم الصادر برفض دعواه ثم نقض الحكم فانه يترتب على نقضه نقض القضاء برفض الدفع (راجع ما قلناه عن هذه الصورة فى ص ٦٥٢ بالهامش)

(٣) كاربنتييه فقرة ٤٨٧٠ و١٣ مارس سنة ١٨٢٨ (مجموعة فيلنيف س ٢٨ ص ٥٢)

(٤) ن . ف ٢٣ فبراير سنة ١٨٧٠ (س ٧٠ — ١ — ٢٨٨ وأشير إليه فى كاربنتييه فقرة ٤٨٧٣)

جملة واحدة ، فطعن فى جزء هذا الحكم الخاص بالمبلغ الثانى ، فنقضته محكمة النقض بصيغة عامة ، وفهمت محكمة الإحالة أن النقض قد شمل الحكم كله ، وحكمت فى الدعوى من جديد على هذا الأساس . فلما طعن فى هذا الحكم نقضته محكمة النقض وقالت فى أسباب حكمها إنه لا ينبغى الاعتداد فى تحديد ما نقض من الحكم بظاهر ما جاء فى نصه من القضاء على المحضر بإلزامه بدفع مبلغ واحد (هو مجموع المبلغين) ما دام ظاهراً من أسبابه أن كلاً من المبلغين المطلوب الحكم بهما على سبيل التعويض كان مستقلاً عن الآخر فى موضوعه وقدره وسببه ، فجمعهما فى الطلب والحكم بمجموعهما لا يجعلان الحكم واحداً إذا نقض أحد أجزائه نقض باقيه . ثم قالت استطراداً فى الاستدلال إن محكمة الموضوع الأولى قد لاحظت استقلال كل طلب عن الآخر ، إذ قررت ثبوت الحق للمحضر فى الرجوع على غريم خصمه بما قضى عليه هو به من قيمة أحد الدينين[1] .

ومنها دعوى استحقاق أدخل فيها المدعى عليه بائعه ضامناً له وأدخل هذا الضامن ورثة بائعه ضماناً له كذلك ، وحكمت محكمة الاستئناف بإخراج بعض الورثة من دعوى الضمان الثانية لعدم صحة إعلانهم بالدعوى وحكمت فى الدعوى الأصلية بطلبات المستحق وفى دعوى الضمان الأولى بإلزام المدعى عليه فيها بالضمان ، وفى دعوى الضمان الثانية بإلزام الورثة الباقين فى الخصومة لضامنهم ، فطعن هؤلاء الورثة فى الحكم وادعوا أنهم قد ألزموا بمبلغ الضمان كله مع وجوب عدم إلزامهم إلا على نسبة حصصهم فى الميراث ، فقبل الطعن ونقض الحكم ، ولما أعادت محكمة الاحالة نظر الدعوى حكمت فيها بإلزام الورثة جميعاً بالضمان ، على اعتبار أن حكم النقض قد تناول دعوى الضمان الثانية بجميع أجزائها وبالنسبة لجميع الورثة من أخرج منهم ومن بقى ، فطعن فى هذا الحكم من سبق إخراجهم ، فنقضته محكمة النقض وقالت فى أسباب حكمها : إنه وإن كان يظهر من صيغة حكم النقض

(١) ن . ف ٢٠ نوفبر سنة ١٨٨٨ (أشير إليه فى كاربنتييه فقرة ٤٨٧٥)

الأول أن النقض قد تناول الحكم المطعون فيه كله ، إلا أنه مع ذلك يجب أن لا يتعدى أثر النقض إلى جزء الحكم القاضى باخراج من أخرجهم من ورثة الضامن الثانى لعدم صحة إعلانهم بدعوى الضمان ؛ ذلك لأن الطعن الأول من باقى الورثة لم يكن قد تناول هذا الجزء من الحكم من جهة ، ولأن مضمونهم الذى أدخلهم فى الدعوى وكان صاحب المصلحة فى الطعن فى هذا الجزء من الحكم القاضى بإخراج من أخرجوا ، لم يطعن من جهة أخرى فى هذا الجزء من الحكم فاكتسب بذلك قوة الشىء المحكوم به[1] .

وهكذا كلما كان الحكم المطعون فيه متعدد المسائل ، وكانت كل مسألة منها منفصلة ومستقلة عن الأخرى انفصالا واستقلالا يجوز معهما أن يقع الحكم فى إحداها بالايجاب وفى الأخرى بالسلب ، فان أثر النقض ينحصر فى جزء الحكم الذى نقض . أما الأجزاء الأخر فيبقى الحكم فيها على ما صدر به[2] .

ومن أمثلة ذلك ما قضت به محكمة النقض الفرنسية من أنه إذا طعن فى حكم لمخالفته للقانون ورأت المحكمة عدم صحة وجوه الطعن إلا فيما قضى به هذا الحكم فى المصاريف فان أثر النقض ينحصر فى القضاء فى المصاريف فقط[3] . وكذلك ما قالته محكمتنا — فى طعن على حكم كان متعدد الأجزاء والمسائل ، ولم تقبل من وجوه الطعن إلا ما تعلق بالفوائد المحكوم بها — من أنها إنما تنقض الحكم المطعون فيه فى جزئه الخاص بطلب الفوائد وتعيد الدعوى إلى المحكمة التى أصدرته للفصل فى هذا الجزء من جديد[4] .

٣٣٨ — أما إذا كان الحكم متعدد الأجزاء أو المسائل التى فصل فيها ، وكان بين بعض أجزائه أو مسائله من الارتباط ما لا يسمح بتبعيضه لو طعن فى

(١) ن . ف ١٤ أبريل سنة ١٨٨٥ (س ٨٧ — ١ — ٣٠ و د ٨٥ — ١ — ٤٠١)
(٢) فاى فقرة ٢٦٤ وربرتوار دالوز فقرة ٢٠٦٥ وجارسونيه ص ٧٦٣ هامش ١١ وتعليقات دالوز من فقرة ٥٣٩٠ إلى ٥٣٩٥
(٣) ن . ف ١٤ أبريل سنة ١٨١٧ (أشير إليه فى ربرتوار دالوز فقرة ٢٠٦٦)
(٤) ن م . م ١٠ مارس سنة ١٩٣٢ (مج س ٣٣ رقم ١٨٤ ص ٣٥٨)

جزء بعينه من أجزائه أو فى مسألة بخصوصها من مسائله ، فان النقض المقضى به لا ينحصر أثره فيما تناولته أسباب الطعن من هذه الأجزاء أو تلك المسائل فحسب بل يمتد أثره إلى ما ارتبط بها أو تبعها من الأجزاء الأخر ولو لم يطعن فيها أو لم يذكرها حكم النقض على وجه التخصيص (١).

ومن تطبيقات هذه القاعدة :

(١) محكمة أبطلت بيعاً وألزمت المتبايعين بالتراد : المشترى يرد ثمرات المبيع من يوم رفع الدعوى اعتباراً بما استظهرته من حسن نيته فى وضع اليد ، والبائع يرد فوائد ما قبض من الثمن كذلك من يوم رفع الدعوى ، فطعن البائع بخطأ الحكم فيما قضى به من جعل يوم رفع الدعوى مبدأ لإلزام المشترى برد الثمرات ، فنقض . فلما حكمت محكمة الاحالة فى الدعوى من جديد بالزام البائع بفوائد الثمن من تاريخ آخر غير التاريخ الذى حكمت محكمة الموضوع الأولى بجريان الفوائد منه ، طعن البائع فى حكمها مدعيا أن النقض كان جزئيا مقصور الأثر على ما طعن هو فيه ، فرفض طعنه بناء على ما استظهرته محكمة النقض من أسباب حكم محكمة الموضوع الأولى الدالة على أن هذه المحكمة كانت قد ربطت بين قضائها بإلزام المشترى برد الثمرات وقضائها بإلزام البائع بفوائد الثمن ، وذلك بتوحيد مبدإ الإلزامين وسحبه إلى يوم رفع الدعوى ، فكان من أثر هذا الربط والارتباط ما جعل النقض متعدى الأثر إلى المشترى وإلى ما حكم له به من الفوائد على بائعه (٢) .

(٢) بضاعة أمّن عليها عند نقلها وأصابها تلف أثناء النقل فطالب مرسلها الحكم له بالتضمينات على شركة التأمين وشركات النقل بدعوى رفعها عليهم جميعاً أمام المحكمة التى كان يقيم فى دائرة اختصاصها أمين النقل الأخير ،

---

(١) جارسونيه ص ٧٦٣ وهامش ١٠ وفاى فقرة ٢٦٦ وربرتوار دالوز فقرة ٢٠٦٩ وملحق دالوز فقرة ٤٦٤ و ن . ف أول يوليه سنة ١٨٩٦ (د ٩٨ — ١ — ٣٩٧) وتيسييه ص ٥٢٤ وبهامش ٤ من الأحكام ما يبتدئ من سنة ١٨٨٣ لغاية سنة ١٩٢٧

(٢) ن . ف ١٧ نوفمبر سنة ١٨٦٨ (س ٦٩ — ١ — ١٢٠ وأشير إليه فى كاربنتييه ٤٨٧٦)

فحكمت المحكمة بإلزام شركة التأمين وهذا الأمين بالتضمينات ، ودفعت شركة التأمين أمام محكمة الاستئناف بعدم اختصاص المحكمة بالنسبة لها احتجاجاً بأن أساس مساءلتها عن التضمينات هو عقد التأمين ، وهو غير عقد النقل الذى أسست عليه الدعوى الموجهة إلى أمين النقل ، فالدعويان منفصلتان والواجب فى كل منهما رفعها أمام محكمة المدعى عليه ، فحكمت محكمة الاستئناف بعدم اختصاص محكمة الدرجة الأولى بنظر الدعوى المرفوعة على شركة التأمين وقضت فى الموضوع بالتضمينات على أمين النقل . فطعن المدعى فيما قضى به هذا الحكم من عدم الاختصاص واختصم فى طعنه جميع المدعى عليهم ، فنقضته محكمة النقض اعتماداً على أن الطاعن برفعه الدعوى على جميع المدعى عليهم واعتبارهم مسئولين له عن تعويض ما تلف من بضاعته لتعين المحكمة من تجب مساءلته منهم عن هذا الفعل الضار وتحدد مدى مسئوليته ، قد ربط بذلك بين المدعى عليهم جميعاً و بين دعاواه عليهم كذلك ، ولهذا قالت إنها إذ تنقض الحكم الصادر لمصلحة شركة التأمين تنقضه فى حق جميع الخصوم ، وتمد أثر النقض إلى الحكم الصادر فى الموضوع على أمين النقل الأخير [1] .

(٣) حكم غيابى عورض فيه واستؤنف ، ثم استؤنف الحكم الصادر بعدم قبول المعارضة ، ونظرت محكمة الاستئناف الاستئنافين معاً ، فقضت فيهما بإلغاء الحكم الصادر بعدم قبول المعارضة و بقبولها ، ثم بعدم قبول الاستئناف المرفوع عن الحكم الغيابى لرفعه قبل نظر المعارضة . طعن خصم الغائب فى هذا الحكم ، و بنى طعنه على أن المعارضة غير مقبولة ، وأنه كان ينبغى للمحكمة الاستئناف أن تحكم بعدم قبولها ، فقضت محكمة النقض بقبول الطعن ونقض الحكم المطعون فيه . فلما أعيد نظر الدعوى أمام محكمة الاحالة دُفع أمامها بأن الحكم المطعون فيه لم ينقض منه إلا جزؤه الذى تعلق به وجه الطعن وهو الخاص بالمعارضة و بعدم صحتها ، فقضت

(١) ن . ف ١٤ مارس سنة ١٨٨٣ (س ٨٣ — ١ — ٢٢٩)

تلك المحكمة بأن الحكم الناقض قد تناول بالضرورة الجزء الخاص بعدم قبول الاستئناف المرفوع عن الحكم الغيابى قبل أوانه ، وأنها — إذ أحيلت إليها الدعوى للفصل فيها — قد صارت مختصة بنظر الاستئنافين من جديد لما بينهما من ارتباط وتلازم[١] .

(٤) ومنه أن نقض الحكم الصادر فى طلب فسخ عقد يقتضى نقض الحكم الصادر فى طلب التضمينات المترتبة على هذا الفسخ[٢] . ونقض الحكم بالدين يترتب عليه نقض الحكم بالفوائد[٣] . ونقض الحكم الصادر باعتبار خصم مكلفاً بالإثبات يجعل الحكم المترتب عليه الصادر بتعيين خبير لتحقيق ما وقع التكليف بإثباته منقوضاً[٤] . ونقض جزء الحكم المعين لتاريخ انقضاء شركة يقتضى نقض جزئه المتعلق بما إذا كان ما دفعه أحد الشركاء يدخل أو لا يدخل فى حساباتها[٥] . ونقض الحكم فى موضوع القضية يترتب عليه نقضه بالنسبة للمصاريف[٦] .

هذا وقد لا تقبل محكمة النقض إلا وجهاً خاصا بجزء من أجزاء الحكم المطعون فيه ومع ذلك تدل صيغة حكمها وظروف صدوره على أن النقض قد تناول الحكم المطعون فيه كله فى حق جميع الخصوم . مثاله : حكم صدر فى الدعوى الأصلية لمصلحة مدعيها ، وفى دعوى الضمان بإلزام بعض الضامنين وإخراج البعض الآخر ، فطعن من حكم عليهم من الضمان فى الحكم وأدخلوا المدعى الأصلى

---

(١) حكم محكمة بوردو فى ٩ مارس سنة ١٩١٠ (د ١٩١٠ — ٢ — ٣٨١ وأشير إليه فى تعليقات دالوز فقرة ٥٢٦٨)

(٢) ن . ف ١٦ مارس سنة ١٨٨٧ (د ٨٧ — ١ — ٣٧٢)

(٣) ن . ف ٢٧ نوفبر سنة ١٨٧١ (د ٧٢ — ١ — ٩٢)

(٤) ن . ف ٤ يناير سنة ١٨٨٧ (د ٨٧ — ١ — ١٢٤)

(٥) ن . ف ١٩ ديسمبر سنة ١٨٧٧ (د ٧٨ — ١ — ٢٩٥)

(٦) ن . ف ٩ ديسمبر سنة ١٨٩٠ (د ٩١ — ١ — ٣٦٩) و ٢ أغسطس سنة ١٩٠٩ (د ١٩١٠ — ١ — ٣٢٨)

ومدعى الضمان وأولئك المحكوم بإخراجهم ، فقبل وجه الطعن الخاص بما قضى به على الطاعنين وأحيلت الدعوى إلى محكمة أخرى ، ففهمت هذه المحكمة من صيغة حكم النقض ، ومما جاء به من أن محكمة النقض لم تر محلا لبحث وجوه الطعن الأخرى ، التى بحث فيها أساس طلبات مدعى الضمان ، أن حكم النقض قد شمل الحكم المطعون فيه كله ، وأنه يجوز لها بناء على ذلك أن تفصل فى الدعوى برمتها فى حق جميع الخصوم(١) .

الفصل الثالث

فى الآثار المترتبة على نقض الحكم

تتلخص آثار نقض الحكم فى أن الخصومة تعود إلى الحالة التى كانت عليها قبل صدوره وأنها تصبح بحاجة إلى الفصل فيها من جديد .

الفرع الأول

فى عودة الخصومة إلى ما كانت عليه قبل الحكم

٣٣٩ — كما أن الحكم الصادر برفض الطعن ينهى الخصومة على مقتضى الحكم المطعون فيه ، فحكم النقض يعيدها إلى ما كانت عليه قبل صدور الحكم المنقوض ، ويعيد الخصوم إلى مراكزهم الأولى فيها كذلك(٢) .

---

(١) حكم محكمة استئناف بواتييه فى ٢٢ مايو سنة ١٨٨٠ (د ٨٠ — ٢ — ٢٣٩)

(٢) جارسونيه فقرة ٤٤٣ ص ٨٥٨ وما بعدها وهوامشها ، وفاى فقرة ٢٣١ و ٢٦٠ وربرتوار دالوز فقرة ٢٠١٤ وتيسييه ص ٥٢٣ وهوامشها وتعليقات دالوز فقرة ٥٢٨٤ — ٥٢٩٤ .

وهذه نتيجة ضرورية تترتب على صدور حكم النقض ، صرح بها الحكم و لم يصرح . وقد جرت محكمة النقض الفرنسية على التصريح بها فى أحكامها بما نصه : حكمت المحكمة بنقض الحكم و إعادة القضية والخصوم إلى مثل ما كانت وكانوا عليه قبل الحكم المنقوض :

" Remet la cause et les parties au même et semblable état où elles etaient avant l'arrêt cassé."

٣٤٠ — ونقض الحكم يقتضى فسخه أى زواله واعتباره كأن لم يكن[١] ، وسقوط ما أمر به وما قرره أو رتبه من الحقوق بين طرفيه . فمن حكم له بنقض الحكم الصادر عليه بأمر كحلف يمين أو بإجراء عمل كإقامة جدار أو سد نافذة أو إزالة بناء ، أو بعدم إجرائه ، أو بقضاء دين أو بتقرير حق ارتفاق ، فإنه يصبح كأن لم يقض عليه بشىء من ذلك . والمحكوم عليه بتثبيت ملكية خصمه لعقار فى يده هو و إلزامه برده إليه ، يعود إلى سابق حقه فى الملك كما يعود المحكوم له إلى سابق مزاعمه فيه[٢] .

٣٤١ — و يترتب على اعتبار الحكم المنقوض كأن لم يكن صيرورته غير قابل التنفيذ وغير صالح لأن يبنى عليه حكم آخر[٣] . فإذا قدم الحكم المنقوض للتنفيذ ، وجب على المحضر الامتناع عن تنفيذه أو رفع الاشكال لقاضيه ليقضى بوقف تنفيذه . و إذا نقض الحكم القاضى بصحة إجراءات المزايدة بالعشر (مثلا) ، وجب الامتناع عن إيقاع البيع على موجب هذه الاجراءات (إذا كان قاضى البيوع قد أوقف البيع) .

---

(١) المرجع المتقدم و ن . ف ٢٥ يونيه سنة ١٨٨٨ (د ٨٨ — ١ — ٢٩٨) و ٥ مارس سنة ١٨٩٥ (د ٩٥ — ١ — ١٢٨)

(٢) جارسونيه ص ٧٥٩ وهوامشها .

(٣) المرجع السابق .

١ — ما يتعدى أثر النقض إليه من الأحكام اللاحقة

٣٤٢ — لا ينحصر أثر نقض الحكم فى إلغائه هو فحسب ، بل يتعداه إلى جميع الأحكام اللاحقة له ، متى كان هو أساساً لها وترتبت هى عليه (الفقرة الأولى من المادة ٣١) ، سواء أنصت محكمة النقض على إلغائها أم لم تنص ، وسواء أشير إليها أثناء قيام قضية الطعن أم لم يشر إليها .

٣٤٣ — ويقع هذا الإلغاء بحكم القانون مترتباً على صدور حكم النقض وبغير حاجة إلى حكم آخر . على أنه إذا رفعت بشأن هذه الأحكام طعون أو طلبات إلغاء ، فلمحكمة النقض أن تقرر أن لا وجه للحكم فيها ، مكتفية بذكر حكمها الناقض الذى أصدرته من قبل وماله من أثر فى تلك الأحكام المطلوب نقضها أو إلغاؤها[1] . وكثيراً ما جرت محكمة النقض الفرنسية على تقرير قبول الطعن أو طلب الالغاء مع الاشارة إلى حكمها السابق وإلى نص المادة الثالثة من الأمر العالى الصادر فى ١٧ نوفمبر سنة ١٧٩٠[2] الذى يجيز نقض الأحكام وإلغاء الإجراءات المخالفة للقانون . وكثيرا ما قالت — إذا حصل التمسك لديها بتلك الأحكام اللاحقة — إن تلك الأحكام ، على الرغم من عدم الطعن فيها بطريق النقض ، لا يمكن أن تكتسب قوة الشىء المحكوم به مادامت هى

---

(١) كان يظن فى فرنسا أن محكمة النقض هى وحدها التى لها الحق فى تقرير هذا الالغاء وأن محكمة الاحالة تتجاوز اختصاصها إذا هى تعرضت له ، غير أنه منذ قررت محكمة النقض أن هذا الالغاء وإن لم ينص عليه ، يقع مترتباً على حكم النقض ، وأن الحكم اللاحق للحكم المطعون فيه يصبح لا قوة له ، صار لكل محكمة يثار أمامها هذا النزاع ، الحق فى تحديد ما يتعدى إليه أثر النقض من الأحكام والأعمال اللاحقة للحكم المنقوض ، على أن يكون رأيها فى ذلك خاضعاً لرقابة محكمة النقض (كاربنتيه فقرة ٤٩٢٢ و ٤٩٢٣ و ٤٩٢٤ وحكم ١٢ يوليه سنة ١٨٤٨ س ٤٨ — ١ — ٥٥٩)

(٢) فاى س ٢٩٧ وهامش ١

مؤسسة على حكم طعن فيه ونقض وسقطت حجيته وقوته القانونية [١].

٣٤٤ — وعلى هذا ، فالأحكام الصادرة برفض الدفوع التى تتضمن إنكار الاختصاص exceptions déclinatoires أو التى يقصد بها تأخير الفصل فى الدعوى أو التخلص منها exceptions dilatoires ou péremptoires أو التى يقصد بها عدم قبول الدعوى fins de non recevoir ، يترتب على نقضها نقض الأحكام التى أصدرت بعد على أساسها فى موضوع الدعوى . فنقض الحكم الصادر بعدم قبول استئناف الحكم القاضى برفض الدفع بعدم الاختصاص يترتب عليه نقض حكم محكمة الاستئناف الصادر بعد ذلك فى الموضوع [٢] . والحكم الصادر من المحكمة التجارية باختصاصها بنظر الدعوى لأن المدعى عليه تاجر يترتب على نقضه نقض الحكم الصادر بتفليس هذا التاجر [٣]. ونقض الحكم الصادر برفض الدفع بعدم قبول الاستئناف يترتب عليه نقض الحكم الصادر فى موضوع الاستئناف ، ولو لم يرفع عن هذا الحكم الأخير طعن ، بل لو كان قد نفذه المحكوم عليه برضاه [٤] . وإذا نقض الحكم الصادر بعدم قبول المعارضة فى حكم غيابى كان قد عورض فيه ورفع عنه استئناف على سبيل الاحتياط ، فإن نقضه يقتضى نقض الحكم الصادر فى هذا الاستئناف [٥] ، لاعتبار أن الاستئناف يصير بقبول المعارضة غير مقبول .

ويترتب على نقض الأحكام الصادرة فيما يجوز قبوله من أدلة الاثبات والنفى ، والأحكام الصادرة بالتحقيق بالبينة أو بغيرها من طرق الاثبات ، إلغاء

---

(١) ن . ف ١٦ يونيه سنة ١٨٤٥ (س ٤٥ — ١ — ٧٣٧) و١٢ يوليه سنة ١٨٤٨ (س ٤٨ — ١ — ٥٥٩)

(٢) ن . ف ٢٠ فبراير سنة ١٨٤٣ (أشير إليه فى ربرتوار دالوز فقرة ٢٠٥٧)

(٣) ن . ف ١٣ ديسمبر سنة ١٨٩٣ (س ٩٤ — ١ — ٧٠٠)

(٤) حكم استئناف باريس فى ٧ مارس سنة ١٨٤٢ (أشير إليه ربرتوار دالوز فقرة ٢٠٥٧) .

(٥) ن . ف ٤ نوفمبر سنة ١٩٠١ (د ٩٠٢ — ١ — ١٨٥) .

ما اتخذ فى سبيل تنفيذها من إجراء وما سير فيه من عمل أو تحقيق ، ونقض ما صدر من أحكام مؤسساً على تلك الأحكام أو تلك الاجراءات[١] . فاذا نقض الحكم الصادر بجواز الاثبات بالبينة بطلت إجراءات التحقيق ، و بطل الحكم الصادر فى الموضوع مؤسساً على تلك الإجراءات[٢] . و يبطل الحكم القاضى باعتماد تقرير خبير الدعوى وأعماله متى نقض حكم ندبه لأداء تلك الأعمال[٣] .

وجملة القول أن أى حكم نقضته محكمة النقض ، فإنه يترتب على نقضه إلغاء جميع الأحكام التى بنيت عليه[٤] . فالحكم الصادر بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها يجب اعتباره منقوضاً متى نقض ذلك الحكم السابق صدوره[٥] . والحكم الصادر بإلزام خصم بمصاريف خبير الدعوى وأتعابه على اعتبار أنه هو الخصم الذى قضى بإلزامه فى الموضوع بمصاريف الدعوى ، يبطل كذلك إذا قضى بنقض هذا الحكم الأخير[٦] . ونقض الحكم الصادر بتصفية شركة يترتب عليه بطلان الحكم المعتمد لنتيجة هذه التصفية[٧] . وكذلك يبطل الحكم الصادر برفض دعوى المطالبة بسند حكم برده و بطلانه ، بمجرد نقض الحكم الصادر بهذا الرد والبطلان فى دعوى تزويره الفرعية[٨] . وكذلك يُعتبر مُلغى الحكم الصادر بجعل المحكوم عليهم متضامنين استناداً إلى ما أخذ به حكم آخر سبق صدوره بين الخصوم متى نقض هذا الحكم السابق المؤسس ذلك الحكم عليه[٩] .

---

(١) فاى فقرة ٢٦٥ وتيسيه ص ٥٢٣ وهامش ١

(٢) ن . ف ١٥ أبريل سنة ١٨٩٩ (د ١٩٠١ — ١ — ٢٤٥) و ٥ يوليه سنة ١٩٠٠ (د ١٩٠٠ — ١ — ٤٦٨)

(٣) ن . ف ٢٥ يونيه سنة ١٨٨٨ (د ٨٨ — ١ — ٤٧٥) ون . ف ١٨ فبراير سنة ١٨٩١ (س ٩١ — ١ — ٢٠٥)

(٤) تيسييه ص ٥٢٣ وهامش ١

(٥) ن . ف ٦ فبراير سنة ١٨٩٧ (د ٩٨ — ١ — ٢٧١)

(٦) ن . ف ١٧ يناير سنة ١٨٩٩ (د ٩٩ — ١ — ٣٨٢)

(٧) ن . ف ١٦ يونيه سنة ١٨٤٥ (س ٤٥ — ١ — ٧٣٧)

(٨) ن . ف ٢١ يوليه سنة ١٨٤٧ (د ٤٧ — ٤ — ٥٩)

(٩) ن . ف ١١ فبراير سنة ١٨٩٩ (د ٩٩ — ١ — ٣٢١)

ب — سقوط إجراءات التنفيذ وما يترتب على سقوطها

٣٤٥ — ويترتب أيضاً على اعتبار الحكم كأن لم يكن إلغاء وبطلان جميع ما اتخذ فى سبيل تنفيذه من الاجراءات والأعمال (الفقرة الأولى من المادة ٣١)[١] كالتنبيه بالوفاء والحجوز ، وإجراءات نزع الملكية ، وتسليم العقارات ودفع النقود ، وإقامة المبانى وإزالتها ، وسد النوافذ والفتحات ، ومد الطرق والمساقى ، وتسجيل الأحكام ، وشطب تسجيل الرهون[٢] .

وتسقط هذه الآثار المترتبة على نقض الحكم ، ولو كانت فى مصلحة الطاعن نفسه . ومما قضت به محكمة النقض الفرنسية فى ذلك أن إنسانا طالب صهره وقد كان من وكلاء الدعاوى الذين يجوز لهم قانوناً التنازل عن وظائفهم ومكاتبهم للغير ، بأن يستقيل له من وظيفته وفاء لعهده له عند مصاهرته ، أو يحكم عليه بقيمة هذه الوظيفة على ما قدرت به فى عقد الزواج (عشرين ألفاً من الفرنكات) ، فحكمت المحكمة الابتدائية بعدم اختصاصها بنظر الطلب الخاص بالإقالة ، وبإلزام وكيل الدعاوى بأن يدفع لصهره على سبيل التعويض خمسمائة فرنك سنويا بضع سنوات ، ثم ألف فرنك بضع سنوات أخرى ، وحكمت محكمة الاستئناف بتعديل

---

(١) جاء بالمذكرة الايضاحية : « قد كان من الضرورى النص على ذلك صراحة فى القانون ، إذ كان الطعن بطريق النقض لا يوقف التنفيذ وكان من الجائز أنه بينما تكون القضية منظورة أمام محكمة النقض يكون الخصوم سائرين فى إجراءات نزع الملكية أو غيرها من الاجراءات المبنية على الحكم المطعون فيه »

أما إجراءات وأعمال تنفيذ الحكم المستأنف المشمول بالنفاذ المؤقت فانها تبقى على صحتها حتى تفصل محكمة الاحالة فى الاستئناف المرفوع عنه . ذلك بأنه لا يترتب على نقض الحكم الاستئنافى إلا إعادة الخصومة إلى ما كانت عليه قبل صدوره ، وسترى أن أثر نقض هذا الحكم لا يمتد إلى الحكم المستأنف ولو كان قد أيده الحكم المطعون فيه ، فتبقى إذن أعمال وإجراءات التنفيذ على الصحة (كاربنتييه فقرة ٤٩٥٦ واقرأ أسباب حكم ٢٤ يوليه سنة ١٨٨٢ س ٨٢ — ١ — ٤٤٤ ، د ٨٣ — ١ — ٢٢٢)

(٢) فمن سجل على اسمه حق عينى قرره الحكم المنقوض ، له شطب هذا التسجيل . ولمن شطب له تسجيل بحق عينى إعادة التأشير بهذا التسجيل من جديد .

التعويض ، وجعله ألف فرنك سنويا من يوم عقد الزواج . فأخذ المحكوم له بهذا الحكم الاستئنافى رهناً على عقارات خصمه محتفظاً بحقه فى الطعن فى الحكم أمام محكمة النقض ، ثم طعن فيه بعد أن سجل الرهن بانياً طعنه على مخالفة الحكم المطعون فيه للشرط الجزائى ، فنقضته محكمة النقض ، ثم حكمت محكمة الاحالة بقيمة الشرط الجزائى متبعة فى ذلك رأى محكمة النقض . باع المحكوم عليه أملاكه المسجل عليها الرهن ، ثم تنازل عن حق امتيازه بثمنها لآخر مقابل دين له . ولما فتح توزيع الثمن طلب المحكوم له بالتعويض أن يُعطَى ما حكم له به فى المرتبة التى حفظها تسجيل الرهن ، فعارض خصمه مدعيا أن نقض الحكم الاستئنافى قد ترتب عليه سقوط الرهن ، وأجاب المحكوم له بأنه هو نفسه الذى كان طعن فى الحكم وأنه نقض لمصلحته فأخذت محكمة التوزيع برأى المحكوم له ، وأخذت محكمة الاستئناف برأى خصمه فألغت الحكم المستأنف . ولما طعن فى هذا الحكم الأخير رفضت محكمة النقض الطعن وقالت فى أسباب حكمها إن نقض الحكم الأول لم يكن جزئيا بل كان كاملاً ومطلقاً ، ومتى كان كذلك فقد ترتب على نقضه إلغاء ما بني عليه من إجراءات تنفيذه من أخذ الرهن وتسجيله (١) .

ومن حكم بشطب قيد رهنه ثم أعاد قيده بعد نقض الحكم بقيت له الأولوية فى مرتبته على ما قيد من الرهون بين تاريخ القيد المحكوم بشطبه وتاريخ تنفيذ حكم الشطب . ذلك لأنه يترتب على نقض حكم الشطب عودة الخصوم إلى ما كانوا عليه قبل صدور الحكم المطعون فيه ، ومتى عاد صاحب القيد المحكوم بشطبه

---

(١) ن . ف ٢٨ يونيه سنة ١٨٥٢ (س ٥٢ — ١ — ١٦٦) وكاربنتييه فقرة ٤٩٩٢ . ويمكن الاستشهاد بهذا الحكم على ما قلناه من قبل من أن النقض قد يكون كليا لتماسك أجزاء الحكم الواحد وأن هذا النقض الكلى يترتب عليه ضياع المزايا التى يكون قد كسبها الطاعن من الحكم المطعون فيه ، كما ضاع على ذلك المحكوم له بالتعويض قيد رهنه الذى أخذه محتفظاً بحقه فى الطعن على الحكم فيما صدر به على غير مصلحته من جهة قدر التعويض المحكوم به .

إلى أولويته التى كانت له فإنه يتقدم بها على ذوى الرهون المحفوظة حقوقهم قبل ذلك . أما ما قيد من الرهون بعد الشطب فإنه لا محيص من تقدمها على ذلك الرهن المجدد قيده بعد نقض الحكم ، لأنها قد قيدت حين لم يكن لهذا الرهن المحكوم بشطب قيده وجود قانونى[١] .

٣٤٦ — وكذلك يترتب على اعتبار الحكم كأن لم يكن رد ما قبض أو حصل تسلمه من مال أو عقار تنفيذاً للحكم المنقوض . فان أبى من عليه الرد الاذعان إلى حكم النقض واضطر خصمه إلى طلب تفسير هذا الحكم ، كان هو الملزم بمصاريف دعوى التفسير ، وقد يحكم عليه بالتضمينات إذا ترتب على الامتناع عن إعادة الحال إلى ما كانت عليه أضرار تستوجب التعويض[٢] .

وليس يجب رد الأصل فحسب بل يجب رد فوائد النقود وثمرات العقار ومصاريف تنفيذ الحكم المنقوض وفوائد هذه المصاريف . وتجب الفوائد والثمرات من يوم إعلان تقرير الطعن ، لأن هذا الاعلان — لتضمنه معنى التكليف بالحضور لسماع الحكم بنقض الحكم المطعون فيه وإعادة القضية إلى محكمة الاستئناف للفصل فيها من جديد — يمكن اعتباره بمثابة الطلب الرسمى المرفوع للمحكمة الحافظ لأصل الحق وملحقاته[٣] .

---

(١) جارسونيه ص ٧٥٩ هامش ١٣ وربرتوار دالوز فقرة ٢٠٤٦ و ٢٠٤٧ و ٢٠٤٨ .

(٢) جارسونيه ص ٧٥٨ هامش ٣ و ن . ف ٢٤ يوليه سنة ١٨٨٢ (س ٨٧ — ١ — ٢٢٢) و ٣٠ أغسطس سنة ١٨٨٢ (٨٣ — ١ — ٢٤٤) وربرتوار دالوز فقرة ٢٠١٥و٢٠١٦ .

(٣) قد كانت محكمة النقض الفرنسية لا ترى إلا رد الأصل (ن . ف ١٥ يناير سنة ١٨١٢ و ن . ف ٢٢ يناير سنة ١٨٢٢) ثم قضت بالفوائد من يوم الدفع وبالثمرات من يوم تسلم العقار (ن . ف ١١ نوفمبر سنة ١٨٢٣) ثم مالت إلى اعتبار المدفوع له سيئ النية إذا قرر الدافع أنه دفع مضطرا مع احتفاظه بحقه فى الطعن فى الحكم بطريق النقض (ع . ف ١١ نوفمبر سنة ١٨٢٨ المنشور فى ربرتوار دالوز فقرة ٢٠٢١ هامش ١) ثم ثبتت على القضاء بالفوائد وبالثمرات من يوم إعلان الحكم =

٣٤٧ — وليس على من وجب له رد ما دفع ، تنفيذا للحكم المطعون فيه ، أن يطالب خصمه بالرد بدعوى جديدة يقيمها عليه أمام المحكمة المختصة أو أمام المحكمة التى أحالت إليها محكمة النقض القضية لتفصل فيها من جديد ، بل له أن يسترد من الخصم ما قبضته من طريق تنفيذ حكم النقض عليه جبرا بعد إعلانه إليه والتنبيه عليه بالرد .

وقد كان بعض محاكم الاستئناف الفرنسية يرى أن حكم النقض لا يمكن اعتباره سنداً واجب التنفيذ بما وجب رده ، لخلوه من النص على إلزام المدعى عليه فى الطعن برد ما قبض تنفيذاً للحكم المنقوض[1] . أما محكمة النقض فقد رأت أن القضاء بنقض الحكم المطعون فيه وإعادة الخصومة بين طرفيها إلى ما كانت وكانوا عليه قبل صدوره يترتب عليه إلغاء جميع ما بنى عليه من إجراءات

= الصادر من دائرة العرائض بصلاحية عرض الطعن على الدائرة المدنية l'arrêt d'admission هذا الاعلان المتضمن تكليف الخصم بالحضور أمام هذه الدائرة لسماعه الحكم بقبول الطعن ونقض الحكم المطعون فيه وإعادة القضية إلى محكمة أخرى للحكم فيها من جديد ، وذلك تنزيلا منها لهذا الاعلان والتكليف بالحضور منزلة الطلب الرسمى الذى اشترطه القانون لسريان الفوائد واعتبار واضع اليد سيء النية ملزماً بالثمرات (ن . ف ٢٩ أبريل سنة ١٨٣٩ س٣٩ — ١ — ٣٧٥ و ن . ف ١٦ فبراير سنة ١٨٥٧ د ٥٧ — ١ — ٧٠ و ن . ف ٢٧ نوفبرسنة ١٨٦٧ س ٦٨ — ١ — ١١٩) وحكم محكمة أورليان ٢٣ مارس سنة ١٨٩٢ (س ٩٢ — ٢ — ١٣٣ وحكم محكمة بورج فى ١١ يوليه سنة ١٨٨٢ (س٨٤ — ٢ — ٥ وتعليق الأستاذ ناسيت) وراجع فى تفصيل كل ذلك كاربنتييه فقرة ٤٩٥٧ وما بعدها .

وانظر حكم محكمة استئناف شامبيرى فى ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٧٩ (س ٨٠ — ٢ — ٢٤١) وكاربنتييه فقرة ٤٩٥١

(١) حكم محكمة استئناف كولمار فى ٢٥ أغسطس سنة ١٨٣٥ (س٣٦ — ٢ — ٣١٤) وقد أشير إليه فى كاربنتييه فقرة ٤٩٦٩ . لكن محكمة استئناف ليون حكمت بعد ذلك بجواز اعتبار حكم النقض سنداً واجب التنفيذ فى حق المصاريف التى نفذ بها بموجب الحكم المنقوض فقط (حكم ٢٩ مارس سنة ١٨٥٥ س ٥٥ — ٢ — ٣٧٢) وبعد ذلك قضت محكمة استئناف أورليان بجواز اعتباره سنداً واجب التنفيذ فى حق جميع ما نفذ به بموجب الحكم المنقوض (حكم ٣٠ ديسمبر سنة ١٨٦٢ د ٦٣ — ٢ — ٣٦ وأشير إليه فى كاربنتييه فقرة ٤٩٧٢) وقد حبذ هذا الرأى كاربنتييه بفقرة ٤٩٧٣ و ٤٩٧٤ وقال إنه هو رأى محكمة النقض . وراجع تعليقات دالوز فقرة ٥٣١١ وما بعدها .

تنفيذه ، وهذا الالغاء يقتضى إلزام من وفى له بشىء برده إلى صاحبه بغير تقاض جديد ، والقول بغير ذلك فيه إخلال بقوة حكم النقض وحجيته[١] .

٣٤٨ — والإشكالات المتعلقة بتنفيذ حكم النقض فيما يتعلق بالرد هى فى فرنسا من اختصاص المحكمة المدنية التابع لها محل التنفيذ[٢] ، لا من اختصاص محكمة الإحالة ولا محكمة النقض . ومحاكم الاستئناف الفرنسية مختلفات فيما إذا كان عدم اختصاص محكمة الإحالة هو من النظام العام أو ليس منه ، فبعضها قضى بأن ليس للخصوم الاتفاق على اختصاصها بهذه الإشكالات و بأنه يجب عليها من تلقاء نفسها الحكم بعدم الاختصاص[٣] ، و بعض آخر قضى بأن عدم اختصاص محكمة الاحالة بهذه الإشكالات ليس من النظام العام وأن للخصوم أن يرفعوها لمحكمة الاحالة تبعاً للموضوع المحال إليها الفصل فيه ، وأن ترافعهم لديها يعتبر تنازلا عن حقهم فى التمسك باختصاص محكمة محل التنفيذ[٤] .

---

(١) تيسييه آخر ص ٥٢٣ و ن . ف ٣٠ أغسطس سنة ١٨٧٠ (س ٧١ — ١ — ١٥٦) و ٣٠ أغسطس سنة ١٨٨٢ (س ٨٤ — ١ — ٢٢٠) وحكم محكمة اجان فى ٢ مايو سنة ١٨٩٤ (س ٩٤ — ٢ — ٢٠٣) . وقد صدر حكم ٣٠ أغسطس سنة ١٨٨٢ المذكور فى قضية كان طالب الرد نبه على خصمه برد ما قبضه ، فعرض عليه هذا الخصم المصاريف فقط ، ورفع دعواه إلى المحكمة المختصة طالباً الحكم بصحة ما عرض وبالغاء إجراءات التنفيذ فألغت هذه المحكمة إجراءات التنفيذ ذاكرة فى حكمها أنه كان يجب على طالب التنفيذ رفع الأمر إلى محكمة الإحالة . فلما طعن فى هذا الحكم نقضته محكمة النقض وقالت فى أسباب حكمها إن محكمة الموضوع كانت مخطئة فى القضاء بالغاء إجراءات التنفيذ وأن فى قضائها هذا إخلالا بقوة حكم النقض وحجيته (وهو ما أيده فاى ص ٣٠٥ واستشهد فيه بالحكم المذكور راجعه بهامش ٤)

(٢) فاى فقرة ٢٧٠ وهامش ٤ وحكم ٣٠ أغسطس سنة ١٨٨٢ السابق الذكر وجارسونيه ص٧٦٠ هامش ١٥ وتعليقات دالوز فقرة ٥٣٢٢ وما بعدها و ن . ف ٢ مارس سنة ١٨٦٩ (د ٦٩ — ١ — ١٨٣) وحكم استئناف باريس فى ١٤ يناير سنة ١٩٠٩ (س ٩١٠ — ٢ — ٥)

(٣) حكم نانسى أول أبريل سنة ١٩٠٩ (د ٩١٠ — ٢ — ٢١٠) وتعليقات دالوز فقرة ٥٣٢٨ وما بعدها .

(٤) حكم باريس فى ١٤ يناير سنة ١٩٠٩ السابق الذكر . وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن محكمة الإحالة لا تستطيع الحكم فى المنازعات المتعلقة بالرد إذا هى حكمت بعدم اختصاصها بنظر الدعوى المحالة (ع . ف ٢٩ أكتوبر سنة ١٨٩٤ د ٩٥ — ١ — ٦٠ وتعليقات دالوز فقرة ٥٣٣٤)

ونظن أن الاختصاص فى إشكالات التنفيذ الموضوعية هو فى مصر لمحكمة النقض ذاتها ، عملا بعموم نص المادة ٣٨٦ من قانون المرافعات[١] .

٣٤٩ — تلك آثار اعتبار الحكم كأن لم يكن فى حق المحكوم له ، فما هى آثاره فى حق دائنيه أو من ترتبت لهم حقوق عينية على موجب الحكم المنقوض ، هل يجب على أولئك الدائنين رد ما قبضوه من نقود أو تسلموه من مثليات ؟ وهل يسقط أو لا يسقط عن هؤلاء ما ترتب لهم من حقوق عينية ؟

أما من قضى لهم الحكم المنقوض مباشرة بشىء من النقود أو المثليات ، فإنه يجب عليهم الرد كما وجب على من كان خصما أصيلا فى الطعن[٢] .

ولكن إذا كان الذى وفى له من دائنى المحكوم له ، وكان الوفاء تبرئة لذمة مدينه أو تنفيذاً للحكم المنقوض أو لحكم آخر بنى على أساسه ، فإنه لا يكون عليه رد ما قبض متى كان حسن النية[٣] . والحجة فيه أنه و إن اشترط قانوناً لصحة وفاء الالتزام بإعطاء شىء أن يكون الموفى مالكا ما يعطيه ، إلا أنه إذا كان الموفى به مما لا يتعين بالتعيين كالنقود والمثليات وكان الموفى له يجهل أن ما تسلمه غير مملوك لمدينه ، فإن الوفاء لا يقع باطلا بل يكون المدين وحده هو المسئول لدى المالك الحقيقى .

ومن تطبيقات محكمة النقض الفرنسية فى ذلك أنها قضت بعدم جواز مطالبة دائن المحكوم له برد ما قبضه من أصل ما كان مودعاً على ذمة النزاع القائم بين مدينه وخصمه واعتبره الحكم المنقوض حقا لمدينه وحجز هو عليه تحت يد المودع لديه ثم نفذ الحكم الصادر بصحة الحجز وتسلم المال المحجوز عليه استيفاء لدينه

(١) أخذنا فى القول باختصاص محكمة النقض بنظر المنازعات المتعلقة بتنفيذ أحكامها بمقتضى القواعد المقررة فى قانوننا فى إشكالات التنفيذ كما أخذت محكمة النقض الفرنسية بالقواعد العامة المقررة فى القانون الفرنسى فجعلت الاشكالات المتعلقة بتنفيذ أحكامها من اختصاص المحكمة المدنية التابع لها محل التنفيذ وأدخلت فى اختصاصها هى المنازعات المتعلقة بتفسير أحكامها .

(٢) كاربنتييه فقرة ٤٩٢٧

(٣) جارسونيه ص ٧٦٢ وهامش ٤ وربرتوار دالوز فقرة ٢٠٢٧

واستبراء لمدينه من دينه[١] . وفى قضية ، كانت حكمت محكمة النقض فيها من قبل بنقض الحكم الصادر باعتماد توزيع ثمن العقار المبيع بالمزاد على حسب مراتب الدائنين المقيدة ديونهم ، قضت هذه المحكمة بعدم أحقية المشترى فى الرجوع على أحد المرتهنين بما قبضه تنفيذاً لقائمة التوزيع على مقتضى الحكم الذى نقض ، واعتمدت فى ذلك على أن هذا الإقباض قد أبرأ المشترى من دين الثمن على كل حال ، ولو أنه كان يترتب على نقض الحكم الصادر فى التوزيع إعادة البحث فيما كان يجب وضع هذا الدائن فيه من مراتب الدائنين ، وفى قدر ما ينبغى توزيعه عليه[٢] . وكذلك قضت محكمة النقض بعدم جواز مطالبة وكيل الدعوى l'avoué بما قبضه لنفسه من خصم موكله تسديداً للمصاريف التى عجلها هو من ماله نيابة عن موكله[٣] .

٣٥٠ — أما إذا كان الموفى به عيناً منقولة أو عقاراً ورتب المحكوم له حقا عليها لآخر كالملكية أو حق الارتفاق أو الرهن ، فإن نقض الحكم يوجب الرد على من رُتب له هذا الحق ، اعتبارا بفسخ التصرف المعلق على الشرط عند وقوع شرطه[٤] . وذلك إلا إذا كانت العين منقولا ومنع من رده التملك بالحيازة وحسن النية ، أو كان عقاراً ومنع من رده التملك بوضع اليد المدة القانونية . وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه إذا باع المحكوم له العقار أو بيع عليه جبرا أثناء قيام قضية الطعن تعلق حق المشترى على عقبى الطعن تعلق حق بائعه عليه ، فاذا وقع الشرط ونقض الحكم المطعون فيه انفسخ حق البائع وحق المشترى منه[٥] . وكذلك إذا رهن المحكوم له العقار الذى كان متنازعا عليه وقيد المرتهن الرهن

(١) ع . ف ١٣ مارس سنة ١٨٣٣ (منشور فى ربرتوار دالوز فقرة ٢٠٢٨)
(٢) ن . ف ٢٠ أبريل سنة ١٨٥٢ (د ٥٤ — ٥ — ٨٨) وملحق دالوز فقرة ٤٥٩
(٣) جارسونيه ص ٧٦٢ هامش ٦
(٤) فاى فقرة ٢٦٩ وجارسونيه ص ٧٥٩ وهامش ١٣
(٥) كاربنتييه من فقرة ٤٩٨٤ إلى ٤٩٨٩ والحكمين الصادرين فى ٢٦ يوليه سنة ١٨٢٦ (سيرى ١٨٢٦) و ٨ يناير سنة ١٨٣٨ (س ٣٨ — ١ — ٦٤٦)

ثم نقض الحكم فانه يترتب على نقضه و إعادة الخصومة إلى ما كانت عليه سقوط حق المرتهن و بطلان قيده .

هذا ، وأنت إذا تأملت ما قلناه من عدم جواز مطالبة الغير حسن النية بما قبضه تنفيذا للحكم المنقوض ، ومن تقدم الرهون المقيدة بعد شطب الرهن على هذا الرهن إذا أعيد قيده تنفيذاً للحكم المنقوض ، تبين لك أن تنفيذ الحكم المنقوض قد يترك من الآثار ما لا سبيل لإزالته أو لإصلاحه بما يمكن القول معه باعادة الخصوم إلى ما كانوا عليه قبل صدور الحكم المنقوض . فالمحكوم له فى النقض قد لا يتيسر له استرداد ما دفعه لدائن خصمه إذا رجع على هذا الخصم ووجده معسراً لا مال لديه يقبض منه حقه . وكذلك قد يثوى الحق إذا حكم بشطب قيده وقدمت عليه الحقوق المسجلة أو المقيدة بعد الشطب وقبل حكم النقض[1] .

٣٥١ — هذا والآثار المتقدمة الذكر تترتب على نقض الحكم المطعون فيه ، ولو كانت علة نقضه هى وقوع بطلان جوهرى فيه أو فى الإجراءات السابقة له ، بل ولو كانت محكمة الاحالة قد قضت فى موضوع الدعوى بعين ما قضى به الحكم المنقوض[2] .

---

(١) جارسونيه ص ٧٦٢ وهوامشها . هذا وفى القانون الفرنسى صورة أخرى يتعذر فيها إعادة الخصوم إلى ما كانوا عليه فى الدعوى قبل الحكم المنقوض ، وهى الصورة التى يكون فيها الحكم المطعون فيه قد قضى بعدم الاعتداد باعتراض ذى الشأن على عقد الزواج المزمع عقده ثم يكون العقد قد عقد بعد صدور هذا الحكم وقبل صدور حكم النقض . إذ يقال إن نقض الحكم لا يترتب عليه إلا بطلان ما بنى عليه من أعمال تنفيذه ، وليس يترتب على نقضه بطلان عقد الزواج لأن مباشرة هذا العقد ليست من أعمال تنفيذ الحكم ، بل لأن عقد العقد — رغم الاعتراض عليه بوجود المانع — لا يبطل قانوناً (جارسونيه ص ٧٦٢)

(٢) قضت بذلك محكمة النقض الفرنسية فى الحادثة الآتية : توفى كاتب محل تجارى له الثلث فى أرباحه ، فطالب الورثة بحساب مورثهم وحكمت محكمة الدرجة الأولى بحكم (أيدته محكمة الاستئناف) بأن نصيب مورثهم يبلغ كذا من النقود ، وقضت ببيع الديون الميتة على أن يكون لهم الثلث فى ثمنها ولصاحب المحل الثلثان ، فطعن صاحب المحل فى هذا الحكم فنقضته محكمة النقض لخلوه من الأسباب . لكن الورثة رغم قيام هذا الطعن نفذوا حكمهم وبيعت الديون المحكوم ببيعها وأودعت حصة صاحب المحل بخزانة المحكمة . ولما نظرت محكمة الاحالة القضية تمسك صاحب المحل ببطلان جميع ما اتخذ من إجراءات تنفيذ الحكم المنقوض ، فقضت =

ج — ما لا يمتد إليه أثر النقض من الأحكام والاجراءات

٣٥٢ — وإذا كان الأصل فى الباب أن نقض الحكم المطعون فيه يترتب عليه نقض ما التحق به من الأحكام وإلغاء ما اتخذ فى سبيل تنفيذه من الإجراءات ، فمن المسلم به ألا يلغى منها ما يكون قد تم من الاجراءات بإرادة ذوى الشأن إرادة حرة ، أو ما يكون قد قبل ووقع التنازل عن الطعن فيه من الأحكام اللاحقة [1] . قضت بذلك محكمة استئناف بورج (Bourges) فى الدعوى الآتية : مدين نبه عليه بالوفاء وبنزع الملكية فعارض فى التنبيه وطعن فى الحكم الصادر برفض دعواه فنقضته محكمة النقض . وإذ كانت إجراءات البيع الجبرى قد تمت ، طلب المدين ، بدعوى رفعها على نازع الملكية والراسى عليه المزاد ، الحكم بإبطال هذه الإجراءات اللاحقة للتنبيه العقارى الذى نقض الحكم الصادر برفض المعارضة فيه ، فقضت محكمة الدرجة الأولى برفض الدعوى مستندة إلى أن ما حصل من هذه الاجراءات قد تم برضا المدين وبغير اعتراض منه . ولما استؤنف الحكم قضت محكمة الاستئناف بتأييده لأسبابه ، ثم أضافت إلى هذه الأسباب أنه كان للمدين أن يناقض فى قائمة شروط البيع بالقول بأن الحكم الصادر برفض المعارضة فى التنبيه قد طعن هو فيه بطريق النقض فينير بذلك طريق البيع الجبرى على السالكين فيه ، وكان له كذلك طلب تأجيل جلسة البيع حتى تفصل محكمة النقض

= المحكمة بتأييد الحكم المستأنف وقالت فى أسباب حكمها إنها مع تأييدها هذا الحكم لاترى محلا للحكم ببطلان إجراءات التنفيذ . طعن فى هذا الحكم فنقضته محكمة النقض وقالت فى أسباب حكمها : إن جميع ما اتخذ من إجراءات التنفيذ قد لحقه البطلان على أثر صدور حكم النقض ، وما كان لمحكمة الاحالة — حتى ولو أيدت الحكم المستأنف — أن ترد إلى هذه الاجراءات بعد بطلانها حياة جديدة (ن . ف ٢٤ يوليه سنة ١٨٨٢ س ٨٢ — ١ — ٤٤٤ ، د ٨٣ — ١ — ٢٢٢ وتعليقات دالوز فقرة ٥٣٠٠)

(١) جارسونيه ص ٧٦٠ ضمن هامش ١٩

فى طعنه ، وأن فى سكوته عن ذلك ما يحبط سعيه فى نقض البيع الذى يجب اعتباره قد تم برضائه[1] .

وبذلك قضت أيضاً محكمة النقض الفرنسية فى الحادثة الآتية : حكمت محكمة من محاكم الدرجة الأولى بإلزام إنسان بدفع مبلغ من المال لآخر ، فاستأنف المحكوم عليه الحكم وحكمت محكمة الاستئناف بعدم قبول استئنافه ، فطعن فى الحكم الاستئنافى لدى محكمة النقض فقضت بنقضه وأحالت الدعوى إلى محكمة استئناف أخرى ، فقضت محكمة الإحالة بتأييد الحكم المستأنف . وإذ كان المحكوم له — فى أثناء ذلك — قد نفذ الحكم الابتدائى بعد صدور الحكم بعدم قبول الاستئناف وباع عقاراً كان يملكه المحكوم عليه بيعاً جبريا رسا فيه المزاد على ثالث ، رفع المحكوم عليه — مستنداً إلى حكم النقض السابق الذكر — دعوى طلب فيها الحكم بإلغاء إجراءات التنفيذ العقارى وحكم مرسى المزاد ، فحكم برفض دعواه . فطعن فى الحكم لدى محكمة النقض ، وهذه المحكمة قضت برفض طعنه ، وقالت فى أسباب حكمها : إنه اتضح لها من بيانات الحكم المطعون فيه أن الطاعن أثناء إجراءات توزيع ثمن العقار توزيعاً وديا (بعد حكم النقض) قد أبدى أنه ينزل فيه على موجب حكم محكمة الإحالة المنتظر صدوره ، ثم صدرت منه أقوال وأعمال دلت على أنه اعتبر إجراءات البيع الجبرى وتوزيع ثمنه إجراءات صحيحة ونهائية فلذلك حكمت محكمة الموضوع برفض دعواه ، وليس فى هذا القضاء مخالفة للقانون[2] .

---

(١) حكم أول أغسطس سنة ١٨٩٨ (س ٩٩ — ٢ — ٣٠) وظاهر أن رفض الدعوى كان مبناه أن المدين قد صدر منه ما يدل على أنه قد أسقط حقه فى الاعتراض على إجراءات التنفيذ بالطرق المقررة له ، وفى المواعيد المحددة قانوناً ، وأنه رضى بنفاذ هذه الاجراءات عليه غير مكترث بأن نقض الحكم المطعون فيه يترتب عليه إلغاؤها .

(٢) ع . ف ٢٦ يناير سنة ١٩٠٤ (د ٤ ٠ ٩ — ١ — ٥٨٢ وأشير إليه فى تعليقات دالوز فقرة ٥٣٠٢ وس٩٠٤ — ١ — ٣١٦) . والظاهر أن محكمة النقض رأت أن محكمة الموضوع حسبت على الطاعن سكوته عن الأخذ بما ترتب على نقض الحكم الأول من إلغاء جميع إجراءات تنفيذه ، وأنه ماشى خصمه فى هذه الاجراءات راضياً بها .

٣٥٣ — وكذلك إذا كان حكم النقض يعيد الخصومة إلى ما كانت عليه قبل صدور الحكم المنقوض فإن أثره هذا لا يمتد إلى ما جرى من أقوال أو أعمال أو إجراءات فى الدعوى أمام محكمتى الدرجة الأولى والدرجة الاستئنافية[١]، بل إن الخصوم يتناولون خصومتهم من النقطة التى بلغتها إجراءات الدعوى أمام محكمة الاستئناف قبل صدور الحكم المنقوض، ثم يسيرون بها أمام محكمة الاعادة حتى تفصل بينهم على ما تم من الاجراءات فى جميع مراحل الدعوى.

و إذن فلا يمتد أثر النقض إلى الحكم المستأنف، ولو كان أيده الحكم المنقوض لأسبابه، بل يبقى الخصوم مرتبطين بهذا الحكم وما تم قبله من إجراءات حتى يفصل فى الاستئناف المرفوع عنه[٢].

ولا يمتد النقض كذلك إلى ما سبق الحكم المنقوض من الأحكام الفرعية التى حازت قوة الشىء المحكوم به، إما لعدم الطعن فيها أصلا أو لصدور الحكم برفض وجوه الطعن المتعلقة بها، بل تبقى على حجيتها ونفاذها فى كل ما لا تعلق له بالحكم الذى نقض[٣]. فمن حكم عليه بجواز الاثبات بالبينة ثم حكم عليه فى موضوع الدعوى بطلبات خصمه ثم قصر طعنه على هذا الحكم الأخير فإنه لا يكون له إذا نقض أن يعتل بنقضه فيطلب الحكم بعدم جواز الاثبات بالبينة متغافلا عن الحكم الصادر فى هذا الطلب من قبل.

ومن يهمه تعجيل الدعوى أمام محكمة الاحالة، إذا أهمل تكليف خصمه بالحضور أمامها واستطال هذا الاهمال فانه يكون لخصمه أن يطلب الحكم

---

(١) فاى فقرة ٢٦٠ و ٢٦١ وتعليقات دالوز من فقرة ٥٤٩٨ إلى ٥٥٠٥

(٢) ربرتوار دالوز فقرة ٢٠٦٤ وكاربنتيه فقرة ٤٩٣٨ و ٤٩٣٩ . وقد قضت محكمة شامبيرى تفريعاً على هذه القاعدة بأن المحكوم له إذا نفذ الحكم التمهيدى المستأنف بعد رفع الاستئناف عنه من خصمه، فانه يكون لهذا الخصم — إذا نقض الحكم الاستئنافى المؤيد للحكم المستأنف — أن يطلب إلغاء أعمال التنفيذ أمام المحكمة المختصة، بغير انتظار حكم محكمة الاحالة (٢٢ ديسمبر سنة ١٨٧٩ س ٨٠ — ٢ — ٢٤١)

(٣) فاى ص ٣٠٠ وجارسونيه ص ٧٦٤ هامش ١٩

ببطلان المرافعة فى الدعوى ، ولمحكمة الإحالة أن تحكم ببطلان المرافعة طبقاً لقواعد قانون المرافعات(١) .

الفرع الثانى

فى حاجة القضية إلى الفصل فيها من جديد

٣٥٤ — الأصل فى فرنسا أن محكمة النقض متى قبلت الطعن نقضت الحكم المطعون فيه وأحالت الدعوى وخصومها إلى محكمة أخرى من درجة المحكمة التى أصدرت الحكم المنقوض لتفصل فيها من جديد .

أما فى مصر فالمفهوم بالجملة من نص المادة ٢٩ من القانون أن نقض الحكم المطعون فيه لا يترتب عليه دائماً وجوب إعادة القضية إلى المحكمة التى أصدرته ، بل إن هناك أحوالا لا تدعو فيها الحاجة لهذه الاعادة حيث يحسم حكم محكمة النقض النزاع فى الدعوى ، وأحوالا أُخَرَ تجب فيها هذه الاعادة ، ثم إن هناك حالة ثالثة أجيز فيها لمحكمة النقض الفصل فى موضوع الدعوى .

و إذن فيجب معرفة الأحوال التى تحسم فيها الخصومة بنقض الحكم المطعون فيه بغير إحالة أو إعادة ، والأحوال التى يتعين فيها على محكمة النقض إعادة القضية إلى المحكمة التى أصدرت الحكم المنقوض لتفصل فيها دائرة أخرى من جديد ، ثم معرفة الحالة التى يجوز فيها لمحكمة النقض الفصل فى موضوع الدعوى حسما للنزاع فيها جميعاً .

المبحث الأول — فى الأحوال التى تحسم فيها الخصومة بنقض الحكم المطعون فيه بغير إحالة أو إعادة

٣٥٥ — *فى القانون الفرنسى* : من المبادئ الأساسية فى النظام القضائى الفرنسى الجارية فيه مجرى الأصول الدستورية أن محكمة النقض معزولة عن الحكم

(١) كاربنتيه فقرة ٤٩٣٥

فى موضوع الدعوى . وقد نص على ذلك فى المادة الثالثة من قانون ٢٧ نوفمبر سنة ١٧٩٠ بهذه العبارة :

« Sans aucun prétexte et en aucun cas le Tribunal ne pourra connaître du fond de l'affaire; après avoir cassé les procédures ou le jugement, il renverra le fond des affaires aux tribunaux qui devront en connaître.»

وترجمتها أنه « لا يجوز لمحكمة النقض فى أية حالة ولا بأية علة نظر موضوع الدعوى ، وعليها بعد أن تقضى بنقض الأحكام أو بطلان الإجراءات أن تحيل موضوعات القضايا إلى المحاكم المختصة لتفصل فيها »[1].

ثم أعيد ذكر هذا النص فى الدساتير الفرنسية الصادرة فى سنتى ١٧٩١ و١٧٩٣ وفى السنتين الرابعة والثامنة من تاريخ الثورة ، ثم فى قانون ٢٠ أبريل سنة ١٨١٠ .

ولذلك فإن محكمة النقض — متى نقضت الحكم — تقضى دائماً باعادة القضية إلى محكمة أخرى لتفصل فى موضوعها[2] من جديد ، إلا أن يكون الطعن

(١) لم يكن فى لائحة سنة ١٧٣٨ — التى أعادت تنظيم مجلس الملك وجعلت من وظائفه إبطال الاجراءات الفاسدة ونقض الأحكام المعيبة قانوناً — مثل نص المادة الثالثة من قانون ٢٧ نوفمبر سنة ١٧٩٠ ، وذلك لأن مجلس الملك كان له — بحكم أصل ترتيبه ونظام تشكيله وكونه ينوب عن الملك فيما استبقاه لنفسه من ولاية القضاء — أن يحسم النزاع فى القضية برمتها ، إما بعد تحقيق يجريه بنفسه بحضور طرفى الخصومة أو بمجرد اطلاعه على عريضة الطعن والأوراق المقدمة (ربرتوار دالوز ٢١١٤) فلما أنشئت محكمة النقض سنة ١٧٩١ وخيف أن تعيد عهد مجلس الملك فتسلب ما للمحاكم الأخر من سلطة الفصل فى موضوعات القضايا وتتدخل فى أعمال السلطة التشريعيــة بتقرير المبادئ وإنزالها منزلة القانون ، رؤى أن ينص فى قانون إنشائها على ألا يكون من وظائفها نظر موضوعات القضايا وألا تكون أحكامها فى المسائل القانونية مقيدة للمحاكم التى تحال إليها القضايا للفصل فيها من جديد (ربرتوار دالوز فقرة ١٢١٤) . وقد قال لاجراسرى فى هذا المعنى (ص ٤٧ — ٤٩) إن المشرع الفرنسى كان وقتئذ متأثراً بالحرص على مبدإ فصل السلطات ، وبالخوف من تدخل المحاكم فى التشريع ، وبالخشية من تصدى الهيئات العليا للفصل فى موضوعات القضايا .

la phobie de la confusion des pouvoirs et des empiètements judiciaires et la phobie de l'évocation

(٢) والمراد بموضوع القضية ما تنازع عليه الطرفان من الطلبات أمام محكمة الموضوع وقصد من التنازع فيه تقرير الحق لصاحبه . وفى فرنسا تدخل فى معناه أيضاً المسألة القانونية =

قد رفعه النائب العمومى لمصلحة القانون ، أو يكون طلب إبطال الحكم قد رفعه كذلك النائب العام لتجاوز حدود السلطة (pour excès de pouvoir) طبقاً للمادتين ٨٠ و ٨٨ [١] من قانون ٢٧ نوفمبر سنة ١٧٩١ إذ تنتهى القضية فى الصورتين بنقض الحكم أو بابطال الاجراء الذى تجاوز القاضى فيه حدود سلطته ، و ينحصر تنفيذ حكم النقض فى قيده بالسجل المعد لذلك ونشره فى مجموعة المحكمة ، بغير مساس بحقوق الخصوم الثابتة بالحكم المطعون فيه . و يسمى هذا النقض « النقض بطريق الحذف cassastion par voie de rétranchement » [٢].

وقد رأى بعض الفقهاء [٣] أن لا محل لإحالة الدعوى إلى محكمة موضوع أخرى فى صورتين : الأولى صورة ما إذا كان الحكم المنقوض قد قضى بقبول استئناف ما لا يجوز استئنافه من أحكام محاكم الدرجة الأولى ، والثانية صورة ما إذا كان سبب نقض الحكم مخالفته حكماً آخر حاز قوة الشىء المحكوم به ،

= التى أبدت محكمة النقض رأيها فيها فى الحكم الصادر منها بالنقض (ربرتوار دالوز فقرة ١١٩٩)

وهذا اللفظ — وقد ورد بالمادة ١٧ من القانون النظامى البلجيكى الصادر فى ٤ أغسطس سنة ١٨٤٠ (راجع شويفن فقرة ٨٥٥) — قد فسر بأنه يشمل جميع وقائع الدعوى ومسائلها القانونية غير المسألة التى تكون فصلت فيها محكمة النقض وحسمت بها النزاع الذى كان مطروحا أمامها حيث لا يبقى بعدها محل للاحالة على محكمة موضوع أخرى (شويفن ص ٢٨٣)

(١) نشر نص المادة ٨٠ فى تعليقات دالوز على قانون المرافعات جـ ٣ ص ٣٠٧ بالهامش ونص المادة ٨٨ فى ص ٣٠٥ بالهامش .

(٢) جارسونيه جـ ٦ فقرة ٤٤٨ وهامش ١ و ٢ وجـ ١ فقرة ٢١٨ وتيسييه فقرة ٩٧٩ . وقد أطلق على هذا النقض اسم النقض بالحذف لأن محكمة النقض تحذف من منطوق الحكم المطعون فيه الجزء الذى خولف فيه القانون أو وقع التجاوز فيه عن حدود السلطة . ومن حالاته المسلم بها فى الفقه الجنائى حذف الجزء الذى تكون محكمة الجنايات قد قضت فيه بعقوبات تبعية فى غير الأحوال المنصوص عليها فى القانون ، أو قضت بالزام متهم بالمصاريف متضامناً مع غيره فى غير الأحوال التى أوجبها القانون ، إذ فى هذه الأحوال يسهل تصحيح الخطأ بغير حاجة إلى إحالة (دوهلس — النقض فقرة ٣٠٩)

(٣) جارسونيه فقرة ٤٤٨ ص ٧٦٦ هامش ٢ و ٣ وتيسييه فقرة ٩٧٩ ومرلان فى كتابه (مسائل قانونية) تحت كلمة « تناقض فى الأحكام » الفرع الثانى وشينون ص ١٩٧ والبنديكت الفرنسية فقرة ١٩٥٨

واستندوا فى هذا الرأى إلى نص المادة ١٩ من الباب الرابع من القسم الأول من لائحة سنة ١٧٣٨ والمادة السادسة من الباب السادس من القسم الأول من هذه اللائحة [١] ، وعلى بقاء حكميهما على الرغم من عدم وجود ما يقابلهما فى قانون سنة ١٧٩٠ المتقدم الذكر .

ورأى لابيه فوق ذلك أن لا محل للإحالة متى كان الحكم الصادر من محكمة النقض — بفصله فى المسألة القانونية التى هى موضع الخلاف بين الخصوم — قد حسم مادة النزاع نهائيا [٢] .

لكن محكمة النقض الفرنسية لا تزال تعتصم بنص المادة الثالثة من قانون ٢٧ نوفمبر سنة ١٧٩٠ — أول ديسمبر سنة ١٧٩٠ وتقضى بالاحالة إلا فى صورتى الطعن المبين حكمهما بالمادتين ٨٠ و ٨٨ السابقتى الذكر [٣] .

ويرد أولئك الفقهاء حجة محكمة النقض بأن نص المادة الثالثة المذكورة لم يأت لينسخ المادتين ١٩ و ٦ من لائحة سنة ١٧٣٨ فيما ورد بهما من الاكتفاء بنقض الحكم والتقرير بالمضى فى تنفيذ الحكم المستأنف فى الصورة الأولى وبقيام الحكم الأول ونفاذه فى الصورة الثانية . ويضيفون أنه فى هاتين الصورتين لا يبقى فى واقع الأمر بعد نقض الحكم المطعون فيه ما يصح طرحه من جديد على محكمة الاحالة ؛ ذلك بأن محكمة النقض ، متى رأت أن الاستئناف المحكوم بقبوله خطأ غير مقبول ، فانها — إذ تنقض الحكم — تقضى بعدم قبول الاستئناف ، ومتى رأت فى صورة التناقض أن الحكم المطعون فيه قد خالف الحكم السابق ،

---

(١) نشرت المادة ١٩ فى ريرتوار دالوز ص ٧ بالهامش تحت فقرة ٦ ونشرت المادة السادسة فى ص ٩ بالهامش .

(٢) تعليقه على حكم ٢٢ فبراير سنة ١٨٨٢ (س ٨٢ — ١ — ٣٩٣)

(٣) ن . ف ٢٨ يوليه سنة ١٨٥٢ (س ٥٢ — ١ — ٤٨١ والتعليق القيم للأستاذ X)

فانها — إذ تقضي بنقض الحكم الثاني — تعلن قيام الحكم الأول ونفاذه[١] و[٢].

وكثيرا ما نقد الفرنسيون نظام النقض عندهم فقالوا إن ما كان يشيع في النفوس — عند إنشاء محكمة النقض على أنقاض مجلس الملك — من الحرص على أصل الفصل بين السلطات ، ومن الخوف من تدخل هذه المحكمة الجديدة في التشريع ، وما كان يغمر الصدور من الذعر من تصديها للفصل في موضوعات القضايا ، على ما كان عليه الحال في عهد مجلس الملك ، قالوا إن ما كان من ذلك لم يبق له الآن من أثر ، فقد تغيرت الأفكار وتطورت الأحوال وتبدلت النظم الاجتماعية . ثم عابوا على هذا النظام أيضا ما فيه من تحتيم إحالة القضية على محكمة موضوع أخرى في جميع الأحوال ، ومن حرمان محكمة النقض من التصدي للحكم فيما تقضي المصلحة بضرورة التصدي فيه ، ثم من السماح لمحكمة الاحالة بمخالفة محكمة النقض فيما تكون قد رأته من رأي في المسألة القانونية التي دار

(١) وقد جاء بتعليق X على حكم ٢٨ يوليه سنة ١٨٥٢ المتقدم الذكر أن تقرير محكمة النقض إحالة الموضوع على محكمة موضوع أخرى هو من التقريرات الخارجة عن جوهر حكم محكمة النقض مما كان يصح الحكم بدون ذكره . ثم قال : وإذ كان الموضوع الواجب إحالته إلى محكمة الاحالة هو موضوع القضية الممنوعة منه محكمة النقض ، فليس ثمة في صورة الطعن بتناقض الحكمين من موضوع يحال إلا كون الحكمين متناقضين وهو ما فصلت فيه محكمة النقض . وبهذا أمكن لهذا المعلق أن يجمع بين نص المادة ٥٠٤ من قانون المرافعات ونص المادة الثالثة من قانون ٢٧ نوفبر — أول مارس سنة ١٧٩٠

(٢) أما محكمة النقض البلجيكية فتقضي بنقض الحكم بغير إحالة في الصورتين (راجع حكم ٦ يونية سنة ١٨٥٩ في باسكريزي بلج ١٨٦٠ ن ١٨٠ وتقرير المستشار دي كيبر **de Cuyper** وحكم ١٤ أغسطس سنة ١٨٤٠ في باسكريزي بلج ن ٤٥٠ وتقرير المستشار بيتو **Péteau** وشويفن ص ٥٧٦) وقد جاء في هذا الحكم الأخير أنه مهما يكن من عموم نص المادة ١٧ من قانون ٤ أغسطس ١٨٤٠ (التي تمنع محكمة النقض من نظر الموضوع وتأمرها باحالته إلى المحكمة المختصة) فان هذا العموم يخصصه أن لا وجه للاحالة متى كان موضوع القضية بطبيعته مما ينحسم النزاع عليه بمجرد نقض الحكم ، كما هو في الأحوال المبينة بالفقرة الخامسة والسادسة من المادة ٤٢٩ من قانون تحقيق الجنايات البلجيكي ، وكما هو في حالة التناقض حيث يكون معنى نقض الحكم الثاني هو نفاذ الحكم الأول الذي حاز قوة الشيء المحكوم به بالضرورة ، إذ في هذه الصور تقتضي طبيعة الأشياء أن لا يبقى ثمة محل للاحالة (شويفن ص ٥٧٧) . وراجع في الصور الأخرى التي يقضى فيها بالاعادة سيمونيه فقرة ٢٣٩ ص ٢٣٧ وهوامشها .

عليها البحث فى الطعن (١) . وقد وصف لاجراسرى هذه العيوب بهذه الجملة (٢) :

« C' est peut être la chinoiserie la plus singulière de toute notre législation » .

٣٥٦ — فى القانون المصرى : ولم تخف هذه العيوب على الشارع

---

(١) تيسيه فقرة ٩٧٩ — وللاستاذ لابيه تعليق استطرد فيه إلى بيان رأيه فى مذهب محكمة النقض نشره على هامش حكم محكمة النقض الصادر منها فى فبراير سنة ١٨٨٢ (س ٨٢ — ١ — ٢٩٣) كان موضوع القضية أن رجلا بافارى الأصل اسمه فورجو (وقضيته مشهورة باسمه فى كتب فقه القانون الدولى الخاص) توفى عن غير عقب فى فرنسا بعد أن أقام بها مدة طويلة ، وترك بها تركة منقولة فوضعت الحكومة الفرنسية يدها عليها . ولما طلب بعض أقارب والدته استحقاقهم لتركته على مقتضى القانون البافارى لأنهم حواشيه رفضت محكمة استئناف (بو) دعواهم بناء على أن القانون الفرنسى هو الذى يحكم التركة ، وهو لا يورث هؤلاء الحواشى ، لأن الرجل قد أقام بفرنسا فعلا وتوفى بها ، فنقضت محكمة النقض هذا الحكم بناء على أن مجرد إقامة الرجل فى فرنسا إقامة غير مأذون فيها من الحكومة لا يكفى لتطبيق القانون الفرنسى على تركته . ولما حكمت محكمة الاحالة (محكمة بوردو) باستحقاق هؤلاء الحواشى لتركة مورثهم طعنت الحكومة الفرنسية فى الحكم فنقضته محكمة النقض لمخالفته لنص المادة ٧٦٨ من القانون المدنى وخطئه فى تطبيق القانون البافارى ، وقالت فى أسباب حكمها إن القانون البافارى يورث الحواشى حقا ولكنه لا ينبغى أن يحكم إلا التركات البافارية التى يتوفى عنها أصحابها فى بافاريا نفسها . ولما قضت محكمة الاحالة الثانية (محكمة تولوز) برفض دعوى الاستحقاق طعن الورثة فى حكمها أمام محكمة النقض فحكمت برفض الطعن ، وقالت فى أسباب حكمها إنه قد تبين لها من بيانات الحكم أن الرجل لم يتجنس بالجنسية الفرنسية ولم يطلب من الحكومة الفرنسية الاذن له بالاقامة فى فرنسا فبقى بافاريا وصارت تركته بافارية ، غير أنه لما كان القانون البافارى يقضى فى مواد الأحوال الشخصية بتطبيق قانون محل المتوفى أو قانون مسكنه العادى ويقضى فى المواد العينية بتطبيق قانون محل الأعيان ، منقولات كانت أو عقارات ، أصبحت المسألة هى : أيكون القانون الذى يحكم تركات المتوفين من غير عقب من قوانين الأحوال الشخصية أم يكون من قوانين الأحوال العينية . ثم قالت : إن الحكم المطعون فيه لم يخطئ فيما قضى به من رفض دعوى الاستحقاق بناء على ما استظهره من وجوب تطبيق القانون الفرنسى الذى هو قانون محل وجود أعيان التركة .

وقد انتهز الأستاذ لابيه فرصة التعليق على هذا الحكم من ناحية فقه القانون الدولى الخاص فود فى ختام تعليقه لو أن محكمة النقض قامت منذ الطعن الأول باصلاح خطأ أسباب الحكم المطعون فيه لتصل إلى النتيجة التى وصلت إليها فى الحكم الأخير ، لأن المسألة المتنازع فيها فى جميع أطوار الدعوى كانت تنحصر فى معرفة القانون الواجب تطبيقه ، أيكون القانون البافارى أم القانون الفرنسى ، وإذا أجيب فيها بوجوب تطبيق القانون الفرنسى فهل يكون ذلك لأنه هو القانون الذى يأمر القانون البافارى بتطبيقه ، وهى مسألة كان لمحكمة النقض أن تحلها الحل الصحيح فيما تضعه من أسباب فى حكمها الأول .

(٢) لاجراسرى ص ٤٩

المصرى[١] ، بل إنه بعد أن لخص الطريقة التى يجرى بها العمل الآن فى فرنسا من النقض والاحالة والرجوع إلى هيئة الدوائر المجتمعة لمحكمة النقض عند عدم أخذ محكمة الاحالة برأيها ، صرح بأنه لم ير محلا للسير على هذه الطريقة الطويلة لأنها وإن كانت قائمة على أساس منح القضاة أوفر قسط من الاستقلال ، يعيبها كثيرا أنها تؤخر الفصل فى القضايا تأخيرا يزيد على الحد المعقول .

لهذا رأى أن ينصرف عن وضع نص — كنص المادة الثالثة من قانون ٢٧ نوفمبر سنة ١٧٩٠ أو كنص المادة ١٧ من القانون البلجيكى الصادر فى ٤ أغسطس سنة ١٨٤٠ بترتيب المحاكم البلجيكية — يحرم به على محكمة النقض نظر الموضوع ويحتم عليها إحالته إلى محكمة أخرى لتفصل فيه من جديد ، وذلك حتى لا تذهب محكمتنا فى الاعتماد على عموم النص مذهب المحكمة الفرنسية فتقضى بالاحالة فى جميع الأحوال ، وحتى لاتضطر إلى تخصيص عموم النص بالمنطق كما اضطرت إليه المحكمة البلجيكية فلا تعرف فيه حدا يصح الوقوف عنده . لهذا رأى أن ينصرف عن ذلك ويكتفى فى الفقرة الأولى من المادة ٢٩ بقوله : « إذا قبلت محكمة النقض الطعن المقدم لها فتنقض الحكم المطعون فيه كله أو بعضه وتقضى قانوناً بالمصاريف » . ثم فصّل فى الفقرتين الثانية والثالثة من هذه المادة متى تقتصر المحكمة على نقض الحكم ومتى تتعين عليها الاحالة ، ومتى يجوز لها طاب الدعوى للحكم فيها .

٣٥٧ — ويفهم من فحوى هذه المادة أن الأحوال التى تنتهى فيها الخصومة بحكم النقض بغير إحالة أو إعادة هى :

---

(١) وقد تنبه الشارع إلى هذه العيوب منذ إنشاء المحاكم الأهلية وفتح باب الطعن بالنقض فى الأحكام الجنائية أمام محكمة الاستئناف بهيئة محكمة نقض وإبرام ، فأوجب على هذه المحكمة أن تحكم فى موضوع الدعوى فتقضى ببراءة المتهم اذا كان الفعل الثابت وقوعه منه لا يكون جريمه معاقبا عليها ، وتحكم بما يقتضيه تطبيق القانون على الفعل الثابت وقوعه إذا أخطأ الحكم المطعون فيه فى التطبيق (راجع مقالنا فى نظرية العقوبة المبررة فى مجلة القانون والاقتصاد س ١ ص ٥٤٦ — ٥٨٧)

(أولا) إذا كان الحكم المطعون فيه قد نقض لمخالفته قواعد الاختصاص ، كما هو منصوص عليه فى صدر الفقرة الثانية من المادة المذكورة . أما النص فيها على أن محكمة النقض « تحيل الخصوم إلى الجهة المختصة عند الاقتضاء » فمعناه أن هذه المحكمة إذا قضت بنقض الحكم الصادر بالاختصاص فانها تبين جهة القضاء الأهلية الواجب التداعى إليها من جديد[١] ، فاحالة الخصوم هذه ليست من قبيل إحالة القضية إلى محكمة الموضوع بعد نقض الحكم فى حالات الطعن الأخر . وهذا المعنى مدلول عليه بعبارة « تحيل الخصوم على الجهة المختصة » .
«renvoie les parties à se pourvoir devant la juridiction compétente»
المغايرة لعبارة « تحيل القضية إلى المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه » « renvoie la cause devant le tribunal ou la cour » الواردة بالفقرة الثالثة من هذه المادة والتى استعملها الشارع فى معنى الاحالة بعد النقض لسبب آخر غير مخالفة قواعد الاختصاص .

وإذن فمحكمة النقض تكتفى بنقض الحكم المطعون فيه :

(١) إذا كان الحكم قد نقض لعدم اختصاص المحاكم الأهلية بنظر القضية كأن ترى محكمة النقض أن القضية داخلة فى اختصاص محكمة مختلطة أو شرعية أو مجلس ملى أو محكمة قنصلية (المذكرة الإيضاحية ص ٣٠) .

(٢) إذا كان الحكم المنقوض قد فصل فى مسألة لا تدخل فى وظائف السلطة القضائية ، كأن ترى محكمة النقض أن القضية متعلقة بأعمال السيادة أو بأساس ربط الأموال الأميرية أو بالأملاك العامة من حيث الملكية ، إلى غير ذلك من الأمور التى حرم النظر فيها على جميع الجهات القضائية على اختلافها

(١) وحكم محكمة النقض فى تبيين جهة القضاء الأهلية تكون له حجيته فى مسألة اختصاص هذه الجهة ، خلافا للمعروف من أن الحكم الصادر من محكمة الاستئناف بعدم الاختصاص لا تكون له حجيته إلا فى عدم الاختصاص فقط ، لا فى اختصاص محكمة أخرى .

(والمذكرة الإيضاحية قد اعتبرت المسألة فى هـذه الصورة أيضا مسألة عدم اختصاص وهو اعتبار متفق مع نص المادة ١٥ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية) .

(٣) إذا كان الحكم المنقوض قد قضى بعدم اختصاص المحاكم الأهلية وكان سبب نقضه أن هذه المحاكم الأهلية مختصة بنظر الدعوى(١) .

ولا شك فى أن اقتصار محكمة النقض على نقض الحكم المطعون فيه فى هذه الصور الثلاث مما تقضى به البداهة ، لأنه ليس على هذه المحكمة — بعد أن رأت أن القضية فى الصورتين الأوليين ليست من اختصاص المحاكم الأهلية أو غير داخلة فى وظائف السلطة القضائية — أن تحدد جهة القضاء أو جهة الحكم الواجب رفع الأمر إليها ، لأن تحديدها لها لا تكون له حجية ما أمام هذه الجهة لعدم تبعيتها لها هى . أما فى الصورة الثالثة فالاشارة فى حكم النقض إلى أن المحاكم الأهليـة هى المختصة فيها البيان لجهة القضاء المختصة بالمعنى المتقدم الذكر ، على أن تعيين ذات المحكمة المختصة نوعيا ومحليا غير واجب لأنه أمر خارج عن موضوع الطعن .

(٤) وكالصورة السـابقة صورة ما إذا كان الحكم المنقوض قد قضى بعدم اختصاص المحكمة بنظر الدعوى نوعيا أو محليا ، وكان سبب نقضه أن المحكمة التى رفعت إليها الدعوى كانت مختصة بها . وفيها يترتب على نقض الحكم قيام

---

(١) ن . م . م ١٠ مايو سنة ١٩٣٤ و ٣١ مايو سنة ١٩٣٤ (القانون والاقتصاد رقم ٤٧ ص ١٤٧ ورقم ٥٣ ص ١٦٤) وكانت القضية التى صدر فيها الحكم الأول مقدمة إلى محكمة جزئية حكمت فيها برفض الدفع بعـدم اختصاص المحاكم الأهلية فقط وحكمت فيهـا المحكمة الاستئنافية التابعة لها هـذه المحكمة الجزئية بالغاء الحكم المستأنف وبعدم اختصاص المحاكم الأهلية . أما قضية الحكم الثانى فقد أقيمت أمام محكمة جزئية حكمت فى موضوعها ، ولما استؤنف حكمها أمام المحكمة الاستئنافية (التابعة لها تلك المحكمة الجزئية) حكمت بعدم اختصاص المحاكم الأهلية . وقد كان الطعن فى الحكمين لصدورهما بعدم اختصاص المحاكم الأهلية ، فاكتفت محكمة النقض بنقضهما وبالتقرير باختصاص المحاكم الأهليـة فقط ، وتركت لمن يهمه الفصل فى الدعوى تعجيلها أمام المحكمة الجزئية فى الصورة الأولى ، وأمام المحكمة الاستئنافية فى الصورة الثانية . وحسناً فعلت لأن الموضوع لم يكن مطروحا لديها ، وقد جاء الحكمان حاسمين للنزاع المطروح عليها .

القضية والخصوم أمام المحكمة التى رفعت إليها الدعوى أولا ، بغير حاجة إلى نص بالاحالة أو بالاعادة[١] .

(٥) إذا كان الحكم المطعون فيه قد قضى باختصاص المحكمة بنظر الدعوى (وسواء أكان قد قضى أيضاً فى موضوعها أم لم يقض فيه) وكان سبب نقضه أنها غير مختصة نوعيا أو محليا ، فعندئذ تبين المحكمة جهة القضاء المختصة ، أهى المحكمة الجزئية أم المحكمة الابتدائية ، وهل هى محكمة المدعى عليه أم محكمة العقار .

وفى هذه الصورة لا تعتبر الدعوى محالة إلى المحكمة المبينة بحكم النقض ، بل يجب التداعى إليها بإجراءات جديدة على المعنى المقصود من قول القانون « إحالة الخصوم إلى الجهة المختصة » . وهذا النظر لم يفت محكمتنا فى حكم لها أصدرته فى ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٣٤ فى قضية معارضة فى قرار صادر من لجنة جمرك القاهرة كان المحكوم عليه قد رفعها إلى محكمة الإسكندرية الابتدائية على مصلحة الجمارك بصحيفة أعلنها إلى المدير العام لهذه المصلحة فى الميعاد المحدد لرفع مثل هذه المعارضة ، فدفعت المصلحة بعدم اختصاص محكمة الإسكندرية بنظر المعارضة وبأن المحكمة المختصة بنظرها هى محكمة مصر الابتدائية ، فقضت المحكمة برفض الدفع وبالاختصاص ومحكمة استئناف مصر حكمت بتأييد الحكم المستأنف ، فلما طعن

(١) ن . م . م ١٥ نوفبر سنة ١٩٣٤ (القانون والاقتصاد س ٥ رقم ٦ والمحاماة ق ١ رقم ٧٩ ص ١٥٨) وتتلخص الدعوى فى أن رجلا كان طلب من محكمة الأزبكية الجزئية الحكم بتثبيت ملكيته إلى جزء من أرض من أراضى البناء ، وتسليمه إليه خالياً من البناء الذى أقامه المدعى عليه ، فدفع هذا بعدم اختصاص المحكمة الجزئية مدعياً أن قيمة البناء المطلوب إزالته تزيد على نصاب القاضى الجزئى ، فحكمت المحكمة برفض الدفع بعدم الاختصاص . ثم حكمت فى الموضوع بتثبيت الملك وإزالة البناء . استؤنف الحكمان فحكمت المحكمة الاستئنافية بقبول الدفع وبعدم اختصاص المحكمة الجزئية . طعن فى هذا الحكم ، فنقضته محكمة النقض مؤيدة الحكم الصادر بالاختصاص فقط ، وقالت فى أسباب حكمها إنه هو الحكم الصحيح قانوناً وإن لمن يهمه من الخصوم عرض الموضوع على محكمة مصر الابتدائية لنظره بهيئة أخرى . وقد وجب عدم الاحالة فى هذه الصورة ، لأن الموضوع لم تكن المحكمة الاستئنافية قد حكمت فيه بعد .

فى هذا الحكم بينت محكمة النقض أن المحكمة المختصة بنظر المعارضة هى محكمة مصر الابتدائية التى هى محل الجمرك الذى أصدر القرار الجمركى المعارض فيه وأعلن القرار للمعارض وقصرت نص حكمها على القضاء بنقض الحكم المطعون فيه و بعدم اختصاص محكمة الإسكندرية بنظر المعارضة [١] . وقد أحسنت محكمتنا فى الاقتصار على ذلك وفى عدم الحكم بإحالة المعارضة إلى المحكمة المختصة ، لأن المعارضة كان يجب أن ترفع فى ميعادها للمحكمة المختصة ، وكان هذا الميعاد قد انقضى يومئذ .

(ثانياً) متى كان الحكم الصادر من محكمة النقض — بفصله فى المسألة القانونية — قد حسم النزاع نهائيا ، بحيث لم يبق بعد الفصل فيها مسائل قانونية أخر أو مسائل واقعيــة تحتاج للفصل . وهذه الأحوال قد أشارت إليها المذكرة الإيضاحية بقولها « وقد لا تكون فى بعض الأحوال حاجة لهذه الإحالة (أى لإحالة الدعوى إلى المحكمة التى أصــدرت الحكم) وخصوصاً متى كان الحكم الصادر من محكمة النقض بالفصل فى المسألة القانونية قد حسم النزاع نهائيا لعدم وجود مسائل قانونية أخرى أو مسائل تتعلق بالوقائع يحتاج إلى الفصل فيها ، ففى هذه الأحوال ، ونظراً لأن الاحالة لا يترتب عليها إلزام الخصوم ولا قلم الكتاب بتقديم القضية إلى المحكمة التى أصدرت الحكم المنقوض ، يجوز للخصوم أن يكتفوا إذا شاءوا بحكم محكمة النقض » [٢] .

ومن صور هذه الحالة أن ترى محكمة النقض أن الحكم المنقوض قد صدر حقا مخالفاً لحكم سابق حائز لقوة الشىء المحكوم به [٣] ، أو قضى بجواز استئناف

(١) مجلة القانون والاقتصاد س ٥ رقم ١٦ ص ٣٩ والمحاماة س ١٥ ق ١ رقم ٨٩ ص ١٨٦

(٢) ومعنى هذا أن محكمة النقض ، حتى إذا قضت فى هذه الصور بالاحالة إلى المحكمة التى أصدرت الحكم ، فان للخصوم أن لا يتابعوا السير فيها أمام محكمة الاحالة . وقد أشير إلى هــذا المعنى فى المادة ٢٩ بعبارة « إذا طلب ذلك منها الخصوم » أى إذا طلبوا الحكم من محكمة الاحالة .

(٣) ن . م . م ٢ مايو سنة ١٩٣٥ (مجلة القانون والاقتصاد س ٥ رقم ٥٧ ص ٢١٠ والمحاماة س ١٦ رقم ١ ص ١) ومن قواعده أنه إذا تبينت محكمة النقض أن الحكم المطعون =

ما لا يجوز استئنافه من أحكام محاكم الدرجة الأولى (وهما الصورتان المقول فيهما — عند بعضهم — بعدم الإحالة فى القانون الفرنسى) أو قضى خطأً بقبول استئناف رفع بعد الميعاد ، أو بتفليس من لا يصح تفليسه ، أو بعدم اختصاص محكمة أهلية ، إذا كان سبب النقض أن هذه المحكمة الأهلية مختصة كما رأيت[1] ، أو كان الحكم الابتدائى الصادر باختصاص المحكمة لم يستأنف فصار نهائيا[2] . وكذلك إذا انحصر النزاع أمام محكمتى الدرجة الأولى والثانية فيما إذا كان الحق قد سقط بالتقادم المبرئ للذمة أو لم يسقط ، وكان الحكم المنقوض قد قضى بعدم سقوط الحق ورأت محكمة النقض سقوطه ، أو إذا انحصر النزاع أمام المحكمتين فى قبول أى دفع مانع من نظر الدعوى وقضى الحكم المنقوض برفضه ورأت محكمة النقض قبوله . وكذلك كل صورة يتركز فيها النزاع حول مسألة قانونية واحدة ويكون حكم النقض — بفصله فى المسألة وحله إياها على

= فيه قد صدر مخالفاً لحكم نهائى سابق تعين عليها نقض الحكم والقضاء فى الموضوع بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها والتقرير بأن المعول عليه فى العلاقة بين الخصوم هو الحكم الأول .

(١) ن . م . م ١٥ نوفمبر سنة ١٩٣٤ السابق الذكر .

(٢) ن . م . م ٢ نوفمبر سنة ١٩٣٣ (مجلة القانون والاقتصاد س ٤ رقم ٢ ص ٢ والمحاماة س ١٤ ق ١ رقم ٥٥ ص ٩٢) وتتلخص وقائعه فى أن الحكومة طلبت من محكمة كفر الدوار الجزئية الحكم بتثبيت ملكيتها لجزء من جسر ترعة المحمودية اغتصبه المدعى عليهم والحكم بإلزامهم بتسليمه خالياً من البناء ، فدفع هؤلاء بعدم اختصاص المحكمة بناء على أن النزاع متعلق بعقار من الأملاك العامة مجهول القيمة ، ولأن قيمة المبانى القائمة عليه تزيد على نصاب القاضى الجزئى ، فحكمت المحكمة برفض الدفع بحكم مستقل ، ثم حكمت فى الموضوع بطلبات المدعية بحكم آخر . فاستأنف المدعى عليهم هذا الحكم الأخير طالبين إلغاءه والحكم برفض الدعوى ، وبجلسة التحضير عدل المستأنفون طلباتهم إلى طلب الحكم بعدم اختصاص محكمة كفر الدوار واحتياطيا بالغاء الحكم المستأنف ورفض الدعوى ، ودفعت المستأنف عليها بعدم جواز الاستئناف لقلة النصاب ، فحكمت المحكمة الاستئنافية برفض هذا الدفع الفرعى وبعدم اختصاص محكمة كفر الدوار الجزئية . طعن فى هذا الحكم ، وكان من وجوه الطعن فيه أن الحكم الجزئى الصادر فى الدفع بعدم الاختصاص هو حكم قطعى مستقل عن الحكم الصادر فى موضوع الدعوى وكان يتعين على المدعى عليهم فى الطعن لو أرادوا رفع استئناف عنه أن يرفعوه بالطريقة المبينة بالمادة ٣٦٣ من قانون المرافعات ، فرأت محكمة النقض صحة هذا الوجه فاكتفت بقبوله واقتصرت على القضاء بنقض الحكم المطعون فيه بغير إحالة .

خلاف ما قضى به الحكم المطعون فيه — قد أنهى الخصومة فى القضية .

ولعل الحجة البالغة فى القول بعدم الإحالة فى هذه الصور ، سواء منها ما تعلق بمسائل الاختصاص أو بغيرها من المسائل القانونيـة ، هى أنه لا مانع يمنع محكمة النقض من القضاء فى الموضوع فتصرح بمـا اقتضاه الفصل فى المسألة التى انحصر النزاع فيها ، من مثل القضاء بإقامة الحكم الأول فى صورة الطعن بالتناقض ، أو الحكم بعدم جواز الاستئناف فى صورة الطعن بمخالفة الحكم المطعون فيه للقانون من ناحية قضائه بقبول استئناف ما لا يصح استئنافه . هذا إلى أن محكمة الإحالة مقيدة فى النظام المصرى برأى محكمة النقض فى المسألة القانونية التى تفصل فيها ، فلا تمكن — بعد قضاء محكمة النقض فى مسألة الاختصاص أو فى المسألة القانونية التى تركز حولها النزاع فى الأمثلة المتقدمة الذكر — أن تخالف قضاءها محكمة الإحالة ، ويتبع هذا أن يكون لمحـكمة النقض أن تصرح فى منطوق حكمها بما يقتضيه من نفاذ الحكم الأول فى الصورة الأولى ، وعدم جواز الاستئناف فى الصورة الثانية ، وبمـا يقتضيه الفصل فى الصور الأخر من الحكم برفض الدعوى أو بعدم قبولها[1] .

---

(١) ويمكن التمثيل فى ذلك بصورة القضية التى حكمت فيها محكمة النقض بتاريخ ٢٢ يونيه سنة ١٩٣٣ (المحاماة س ١٤ ق ١ عدد ٤١ ص ٦٣ ومج س ٣٤ عدد ٢٠٨ ص ٤٣٠) ومحصلها أن المحـكمة الابتدائية أصدرت حكمها بوقف الدعوى حتى يقدم لها المدعى حكماً شرعيا بثبوت وراثته وأيدت هذا الحـكم محكمة الاستئناف ، ثم أجازت المحـكمتان تعجيل الدعوى من قبل حصول المدعى على الحـكم الشرعى . فلما رأت محكمة النقض خطأ الحـكمين الابتدائى والاستئنافى الصادرين بقبول التعجيل قضت بنقض الحكم المطعون فيه وبإلغاء الحـكم المستأنف وبإعادة القضية لمحـكمة الدرجة الأولى على أن تستمر أمامها موقوفة حتى يقدم الحـكم الشرعى بثبوت الوراثة . وإذا كان قد جاء فى أسباب هذا الحـكم أن الدعوى صالحة للحكم فى موضوعها بعد نقضها الحـكم المطعون فيه ، إلا أنه كان يمكن الاستغناء عن ذكر هذا التصدى ، لأن النزاع إذ انحصر فى الواقع أمام المحـكمتين فيما إذا كان الحـكم الصادر بوقف الدعوى هو حكم مانع من قبول التعجيل أو غير مانع منه ، وإذ رأت محكمة النقض أنه حكم اكتسب قوة الشىء المحكوم به وأنه يمنع من قبول طلب التعجيل ، فقد كان يجوز لمحـكمة النقض أن تقتصر على نقض الحـكم المطعون فيه لتعود القضية من نفسها إلى الإيقاف ، كما كان يجوز لها التصريح فى منطوق حكمها بإعادة =

المبحث الثانى — فى الأحوال التى يجوز فيها لمحكمة النقض طلب الدعوى والحكم فيها

٣٥٨ — قد أجازت الفقرة الرابعة من المادة ٢٩ من القانون لمحكمة النقض — إذا حكمت بنقض الحكم لمخالفته للقانون أو لخطأ فى تطبيقه أو فى تأويله — أن تطلب الدعوى وتحكم فيها متى كانت صالحة للحكم[1].

وقد كان خليقاً بالشارع — إذ أجاز الاكتفاء بنقض الحكم متى كان حكم النقض بفصله فى مسألة الاختصاص أو فى المسألة القانونية المتنازع فيها قد حسم النزاع نهائيا ، وإذ جعل المحكمة التى تحال إليها الدعوى فى غير هذه الصور

= القضية للايقاف ، بغير أن تتكلف القول بأن الدعوى صالحة للحكم فيها ، لأنه لم يبق بعد نقضها الحكم المطعون فيه أية مسألة أخرى يحتمل إحالتها إلى محكمة الاحالة أو تستبق أمام محكمة النقض لتفصل هى فيها بطريق التصدى المأذون لها فيه .

ولقد أحسنت محكمتنا الاحسان كله بالاكتفاء بنقض الحكم المطعون فيه فى حكم آخر أصدرته فى ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٥ (القانون والاقتصاد س ٥ رقم ٣٣ ص ١٢٢ والمحاماة س ١٥ ق ١ عدد ١٢٠ ص ٢٥٤) وقد كان وجه الطعن أن محكمة الاستئناف قضت بتاريخ ٢٠ مايو سنة ١٩٣٤ بتوجيه اليمين بالصيغة التى بينتها ، وحددت لحلف اليمين يوم ٢٧ منه واعتبرت النطق بهذا الحكم إعلانا للخصوم ، ثم اعتبرت من كان عليه الحلف ناكلا لعدم حضوره الجلسة التى حددت للحلف ، وقضت عليه فى الموضوع على اعتباره ناكلا . فلما تبينت محكمة النقض خطأ الحكم الأول فيما قضى به من تحديد يوم الحلف على ما سبق ذكره ، وأن هذا الخطأ قد أثر فى الحكم الثانى وضعت نص حكمها هكذا : حكمت أولا بنقض حكم ٢٠ مايو سنة ١٩٣٤ فيما جاء به من تحديد جلسة ٢٧ مايو سنة ١٩٣٤ لحلف اليمين واعتبار النطق به إعلاناً للطرفين وثانياً بنقض حكم ٢٧ مايو سنة ١٩٣٤ الذى ترتب على هذا الاجراء . .

ووجه الإحسان أن محكمة النقض لم تأمر بإعادة القضية إلى محكمة الاستئناف لتفصل فيه من جديد ، لأنه لم يبق بعد حكمها ما كان تجوز إعادته أو استبقاؤه لتفصل هى فيه . وقد راعت أن من يهمه تعجيل الدعوى لحلف اليمين فيها هو الذى يكون عليه تمشيتها أمام المحكمة ، بغير حاجة إلى نص فى الحكم يعيدها إلى محكمة الاعادة .

(١) لا يزال التصدى فى المواد المدنية أمنية الفقهاء الفرنسيين ، وقد أدخلته بعض الشرائع مثل قانون الاتحاد السويسرى الصادر فى ٢٢ مارس سنة ١٨٩٣ (راجع لاجراسرى ص ٥٠ وما بعدها)

مقيدة برأى محكمة النقض فى المسألة القانونية التى فصلت فيها — أن يتقدم خطوة واسعة نحو استكمال نظام النقض فى المواد المدنية فيأذن لمحكمة النقض بالفصل فى موضوع الدعوى متى كانت صالحة للفصل . وهى سنة مشكورة استنها يوم أن أنشأ المحاكم الأهلية وفتح باب الطعن بالنقض فى الأحكام الجنائية ، إذ أوجب على محكمة الاستئناف منعقدة بهيئة محكمة نقض و إبرام الحكم فى موضوع الدعوى ببراءة المتهم إذا كان الفعل الثابت وقوعه لا يعاقب عليه القانون ، والحكم بما يقتضيه القانون على الفعل الثابت على المتهم إذا كانت محكمة الموضوع قد أخطأت فى تطبيق القانون (المادتان ٢٢٩ و ٢٣٢ من قانون تحقيق الجنايات) .

٣٥٩ — ومن المهم قبل الكلام فى شروط الفقرة الأخيرة من نص المادة ٢٩ أن نحدد المراد من قولها « طلب الدعوى والحكم فيها » هل المراد من هذه العبارة هو عين المراد من العبارة المماثلة لها الواردة فى المادة ٣٧١ من قانون المرافعات ، أى هل يجوز قياس التصدى فى باب النقض على التصدى فى باب الاستئناف و إعطاء محكمة النقض ما أجيز منه لمحكمة الاستئناف ؟

نرى أن ليس المراد من العبارة الواردة فى المادة ٢٩ هو طلب الدعوى الأصلية التى تكون قائمة أمام محكمة الاستئناف ولما يحكم فيها بعد كما هو المراد من العبارة الواردة فى المادة ٣٧١ من قانون المرافعات فى باب الاستئناف التى تعنى الدعوى الأصلية التى تكون قائمة أمام محكمة الدرجة الأولى . بل المراد منها التصدى للفصل فى موضوع الحكم الذى وقعت فيه المخالفة للقانون وطعن فيه ثم نقض ، أى مجموع المسائل القانونية والواقعية التى بقيت مفتقرة إلى الفصل فيها من جديد على أساس حكم النقض فى المسألة القانونية .

ذلك أنه ليس من اختصاص محاكم الدرجة الثانية الفصل فيما يعرض عليها من المنازعات لأول مرة ، وأن الاستئناف لا ينقل النزاع إلى محكمة الدرجة الثانية لا فى حدود ما رفع عنه الاستئناف ، فإن كانت محكمة الدرجة الأولى لم تصدر

فى الدعوى إلا حكما قطعيا فى مسألة فرعية أو حكما تمهيديا وكان هذا الحكم هو الذى استؤنف ، فمحكمة الاستئناف تكون ممنوعة من التعرض لموضوع الدعوى والحكم فيه ، ويكون عليها أن تعيد القضية — بعد الحكم فى الاستئناف المرفوع إليها — إلى محكمة الدرجة الأولى لتفصل فيما لا يزال باقياً أمامها . غير أن الشارع قد أجاز لمحكمة الدرجة الثانية فى بعض الحالات أن تتصدى لموضوع الدعوى رغم قيامه أمام محكمة الدرجة الأولى ورغم ما يترتب على هذا التصدى من حرمان الخصوم من مزية التقاضى أمام الدرجتين ، وذلك لتفادى النفقات ومطل المتقاضين ولمنع ماعسى أن يقع من محكمة الدرجة الأولى من المضى فى الدعوى على غير ما يتفق مع الاتجاه الذى تضمنه حكم المحكمة الاستئنافيــة . ولهذا كان من الواضح أن محكمة الدرجة الثانية لا تعتبر متصدية لموضوع الدعوى إلا إذا كان هذا الموضوع لا يزال قائمـا أمام محكمة الدرجة الأولى ولمـا يفصل فيه [1] ، كما اشترط لصحة التصدى — إذا كان الحكم المستأنف صادراً فى مسألة اختصاص أو فى دفع بطلب إحالة إلى محكمة أخرى — أن تكون محكمة الدرجة الثانية مختصة من جميع الوجوه بالفصل استئنافيا فى موضوع الدعوى [2] .

---

(١) أما إذا كانت هذه المحكمة قد قضت فيه بحكم يخرج القضية من سلطتها واستؤنف هذا الحكم ، فان الاستئناف يطرح القضية برمتها على محكمة الدرجة الثانية حتما بما له من أثر نقل النزاع إليها ، وفى هذه الحالة يتعين على المحكمة الاستئنافية أن تقضى فى موضوع الدعوى عملا بالأصول العامة . وعلى ذلك فاذا دفع أمام محكمة الدرجة الأولى بعدم قبول الدعوى أو بسقوطها بالتقادم مثلا ، فحكمت بقبول الدفع ثم استؤنف حكمها فقضت محكمة الدرجة الاستئنافية بإلغائه ، فانها لا تعيد الدعوى إلى محكمة الدرجة الأولى بل تحكم هى فيه وجوباً ولا تكون فى ذلك متصدية للموضوع . ذلك لأن الدفع بعدم قبول الدعوى أو بسقوط الحق فى رفعها بالتقادم كلاهما دفع موضوعى يكون الحكم فيه قضاء فى أصل الدعوى تستوفى به محكمة الدرجة الأولى ولايتها (ن . م . م ٧ مايو سنة ١٩٣٤ القانون والاقتصاد س ٤ رقم ٥٩ ص ١٧٣ ومج س ٣٥ رقم ١٦٤ ص ٤١٣)

(٢) فاذا كان موضوع الدعوى مما يدخل فى حدود النصاب النهائى لمحكمة الدرجة الأولى وصدر فيها حكم فى مسألة اختصاص أو فى دفع بطلب إحالة ، فلا يجوز لمحكمة الدرجة الثانية — إذا هى ألغت الحكم المستأنف — أن تتصدى للحكم فى الدعوى ، لخروجها عن اختصاصها الاستئنافى (المادة ٣٧١ مرافعات) . وكذلك لايجوز الحكم فى موضوع الدعوى =

هذه هى أحكام التصدى الجائز للمحكمة الاستئنافية ، وأنت تراها جميعاً متلائمة مع وظيفة هذه المحكمة فى النظام القضائى باعتبارها محكمة موضوع من محاكم الدرجة الثانية لا محكمة عليا مقصورا اختصاصها على الرقابة على تطبيق القانون وتأويله .

أما محكمة النقض فالأصل فى نظامها أنها لا تفصل فى موضوع الدعوى ، وأنها إذا قبلت الطعن نقضت الحكم المطعون فيه وأحالت القضية إلى المحكمة التى أصدرت هذا الحكم لتفصل فيها من جديد ، إلا أن يكون حكم النقض — بفصله فى المسألة القانونية — قد حسم النزاع برمته فتقتصر عندئذ على نقض الحكم المطعون فيه .

هذا الأصل قد أراد الشارع تلقيحه بنظام من التصدى يناسبه ويتلاءم معه ويسير به إلى الغاية المقصودة من حسن سير العدالة بتوحيد القضاء ، فأجاز لمحكمة النقض أن تستبقى أمامها ما كان ينبغى أن تحيله إلى المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه لتتولى هى بنفسها الفصل فيه — ملحقاً بحكم النقض — متى كان مهيأ للفصل .

وعلى ذلك فاذا كان حق التصدى فى باب الاستئناف هو السلطة الممنوحة لمحكمة الدرجة الثانية — عند إلغائها حكما تمهيديا أو صادراً فى مسألة اختصاص أو إحالة إلى محكمة أخرى — فى أن تطلب موضوع الدعوى القائم أمام محكمة الدرجة الأولى وتفصل هى فيه ، فحق التصدى فى باب الطعن بطريق النقض هو السلطة الممنوحة لمحكمة النقض — عند نقضها الحكم المطعون فيه لمخالفته للقانون أو لخطأ فى تطبيقه أو فى تأويله — فى أن تستبقى عندها ما كان يجوز لها أن تحيله

= إذا قضت المحكمة الاستئنافية فى استئناف رفع إليها بعدم اختصاص الجهة القضائية التابعة هى لها ، أو قضت بعدم اختصاص محكمة الدرجة الأولى نوعيا أو محليا ، ولم تكن هى محكمة الدرجة الثانية بالنسبة للمحكمة المختصة .

إلى محكمة الموضوع لتفصل فيــه على مقتضى حكمها هى فى المسألة القانونية التى فصلت فيها .

ويبين من هذا أن تصفية موضوع الدعوى وإنهاءه بهذه الطريقة لا يكون تصديا لنظر الموضوع والفصل فيه إلا تجوزا . ذلك لأن لفظ « الموضوع » قد استعمل فى باب الاستئناف للدلالة على موضوع القضية الأصلى القائم أمام محكمة الدرجة الأولى بعد إصدار الحكم التمهيدى أو الفرعى المستأنف ، فهو يشمل جميع مسائل الدعوى الواقعية والقانونية . أما فى باب النقض فهو مستعمل للدلالة على موضوع الحكم الذى قبل الطعن فيه وكان لمحكمة النقض أن تعيده للمحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه لتحكم فيــه على مقتضى رأيها هى فى المسألة القانونية التى فصلت فيها[1] . ثم لأن عبارة « طلب الموضوع والفصل فيــه » قد استعملت فى باب الاستئناف للدلالة على انتزاع موضوع القضية الأصلى من

(١) وقد رأت محكمتنا أن المراد « بموضوع الدعوى » الذى يكون لها أن تفصل فيــه متى كان صالحا ، هو الموضوع الذى وقعت فيه المخالفة . رأت ذلك فى قضية شفعة كانت محكمة الموضوع الأولى قضت برفضها لسقوط حق الشفيع فى الأخذ بالشفعة لعدم إبداء رغبته فى الأخذ فى الميعاد بعد علمه بالشراء ، فنقضته محكمة النقض وأعادت القضية إلى المحكمة التى أصــدرت الحكم المطعون فيه ، فتناولت محكمة الإعادة حكم النقض ورأت أنه يجيز لها إعادة حساب الميعاد المحدد لإبداء الرغبــة على مقتضى الرأى الذى أبدته محكمة النقض ، فبحثت فى ذلك وقضت فى موضوع الدعوى بمثل ما قضت به محكمة الموضوع الأولى . فطعن فى هذا الحكم الأخير ، فنقضته محكمة النقض قائلة : إن محكمة النقض فى حكمها الأول كانت اعتبرت أن الأربعة الأيام التالية ليوم ١٨ فبراير كلها أيام عطلة ، وأن أول يوم عمل بعدها يكون هو يوم ٢٢ فبراير ، ولذلك قررت أن الحكم أخطأ فى تطبيق القانون على الوقائع الثابتة ، ثم طبقت القانون وصرحت بأن دعوى الشفعة لم تسقط لأن إظهار الرغبة فى الأخذ بها قد وقع فى الميعاد ، كما صرحت بأنها إنما تعيد الدعوى لمحكمة الاستئناف للنظر فى موضوعها . ومحكمة النقض تملك ما قررت وما قضت به لأن قانونها يصرح لها بأنها متى نقضت حكماً لمخالفة قانونية فان لها الحق أن تفصل فى الموضوع . والموضوع الذى كان مطروحاً لديها هو هل سقط حق الأخذ بالشفعة أم هو لم يسقط ، فهى بعد أن قررت وقوع الخطأ فى التطبيق فصلت ضمناً فى هــذا الموضوع بأن حق طلب الشفعة لم يسقط ، وعلى هذا الأساس وحده قد صدر حكمها باعادة الدعوى ، وكان على محكمة الإحالة أن تتقيد بهذا القضاء (حكم ٢٠ يونيه سنة ١٩٣٥ القانون والاقتصاد س ٥ رقم ٨٧ ص ٢٨٨)

محكمة الدرجة الأولى والفصل فيه مع استئناف الحكم الفرعى بحكم واحد ، ولكنها استعملت فى باب النقض للدلالة على استبقاء ما كان ينبغى أن يعاد لمحكمة الإحالة من المسائل الواقعية والقانونية الأخرى لتفصل فيه من جديد .

وإذن فلا سبيل لتصدى محكمة النقض للفصل فى الدعوى القائمة أمام محكمة الموضوع إذا كان الحكم المطعون فيه صادراً فقط فى مسألة فرعية كمسألة اختصاص أو دفع ابتدائى آخر أو دفع معطل لسير الدعوى . أما إذا كان الحكم المطعون فيه قد قضى فى المسألة الفرعية وفى أصل الدعوى ثم رأت محكمة النقض نقضه فى خصوص المسألة الفرعية فإنه يجوز لها أن تعيد أصل الدعوى إلى محكمة الاستئناف التى أصدرت الحكم أو أن تستبقيه لديها لتحكم هى فيه من جديد ، لا على أنها قد انتزعته من يد المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه ، بل على أنها تفصل فيه تصفية للخصومة المطروحة عليها برمتها ، بغير حاجة إلى أن تعيده إلى محكمة الإعادة .

الشروط الواجب توافرها لجواز طلب الدعوى والحكم فيها

لنعد بعد ذلك إلى نص الفقرة الأخيرة من المادة ٢٩ من قانون محكمة النقض فنقول إنها تشترط لإمكان طلب الموضوع والفصل فيه شرطين : أولهما متعلق بالسبب الذى يبنى عليه نقض الحكم ، والثانى متعلق بالحالة التى تكون عليها الدعوى عند نقض الحكم الصادر فيها .

٣٦٠ — الشرط الأول : كون الحكم المطعون فيه قد نقض لمخالفة للقانون أو لخطأ فى تطبيقه أو فى تأويله : واشتراط هذا الشرط يمنع محكمة النقض من التصدى لموضوع الدعوى إذا كان سبب النقض وقوع بطلان جوهرى فى الحكم أو فى الإجراءات التى انتهت به وأثر بطلانها فيه ، إذ لا يتصور فى هاتين

الحالتين أن تقوم محكمة النقض بتطبيق القانون على الوقائع الثابتة فى حكم يعيبه أنه باطل أو أنه صدر بناء على إجراءات باطلة .

٣٦١ — وقد تساءلنا فى مقالنا المنشور بمجلة القانون والاقتصاد[١] عما إذا كانت محكمة النقض تملك طلب الدعوى والحكم فى موضوعها إذا أزمعت نقض الحكم لمخالفته قواعد الاختصاص ، فقلنا إن المسألة لا تحتاج إلى بحث وإن الجواب يجب أن يكون بالسلب كلما كانت الدعوى غير صالحة للحكم ، وكلما كانت محكمة النقض ممنوعة من الحكم لعدم ولاية القضاء الأهلى بنظر الدعوى[٢] . أما إذا كانت الدعوى صالحة للفصل فى موضوعها ، وكانت محكمة النقض غير ممنوعة من الحكم فيه لدخوله فى وظائف القضاء الأهلى[٣] فقد قلنا إن المسألة تحتمل الجوابين : الاكتفاء بنقض الحكم أو التصدى للموضوع والحكم فيه قياساً

---

(١) س ٢ ص ٨٧ وما بعدها .

(٢) قد ذكرنا فى ذلك المقال صور هذه الحالة ، فقلنا إنها : (١) إذا حكمت محكمة الموضوع باختصاصها ، ولم تكن قد حصلت المرافعة أمامها إلا فى مسألة الاختصاص ثم نقض الحكم لعدم اختصاص المحكمة التى رفعت إليها الدعوى (٢) إذا حكمت محكمة الموضوع بعدم اختصاصها ولم تكن قد حصلت المرافعة أمامها إلا فى مسألة الاختصاص ، ثم نقض الحكم وقضى باختصاص المحكمة التى رفعت اليها الدعوى (٣) إذا ضمت محكمة الموضوع الدفع بعدم الاختصاص لأصل الموضوع ، وقضت باختصاصها وحكمت فى الموضوع ، ثم نقض الحكم الصادر فى الاختصاص لانعدام ولاية المحاكم الأهلية بنظر الدعوى (٤) إذا قضت محكمة النقض من تلقاء نفسها بنقض الحكم لعدم اختصاص المحاكم الأهلية (٥) إذا قضت محكمة النقض بنقض الحكم بناء على أن المحكمة التى أصدرته قد جاوزت به حدود سلطتها أى أصدرت قرارا غير صادر فى حدود السلطة القضائية .

(٣) قد ذكرنا فى ذلك المقال صور هذه الحالة الثانية ، فقلنا إنها : (١) إذا ضمت محكمة الموضوع الدفع بعدم الاختصاص إلى الموضوع وحكمت باختصاصها ، وقضت فى موضوع الدعوى ثم نقض الحكم فى الاختصاص ، وكانت المحكمة المختصة هى محكمة أهلية أخرى ، وكانت الدعوى صالحة للحكم فى موضوعها (٢) إذا ضمت محكمة الموضوع الدفع إلى الموضوع وقضت بعد المرافعة فيهما بعدم الاختصاص ثم نقض الحكم فى الاختصاص وكانت الدعوى صالحة للحكم فى موضوعها (٣) إذا حكمت محكمة الموضوع من تلقاء نفسها بعدم اختصاص المحاكم الأهلية بعد إتمام المرافعة فى الموضوع ، ثم نقض الحكم وبنى النقض على أن المحاكم الأهلية مختصة بنظر الدعوى والدعوى صالحة للحكم فى موضوعها .

على حق محكمة الاستئناف على مقتضى المادة ٣٧١ من قانون المرافعات .

ثم قلنا إن من يرى عدم جواز التصدى فى جميع الأحوال التى يكون فيها الحكم قد نقض لمخالفة قواعد الاختصاص ، له أن يحتج بعموم ما جاء بصدر الفقرة الثانية من المادة ٢٩ المتقدمة الذكر من وجوب اقتصار محكمة النقض على نقض الحكم المطعون فيه و إحالة الخصوم عند الاقتضاء إلى الجهة المختصة ، و بأن الفقرة الرابعة من المادة المذكورة الخاصة بجواز التصدى ليست فى الواقع إلا نصا خاصا مستثنى من نص الفقرة الثالثة القاضى بوجوب الإحالة فى جميع الأحوال التى يكون فيها سبب النقض هو غير مخالفة الحكم لقواعد الاختصاص . أما من يرى جواز التصدى فله أن يحتج بأن الفقرة الرابعة تفيد بنصها جواز التصدى متى كان سبب النقض هو مخالفة القانون أو الخطأ فى تطبيقه أو فى تأويله ، وهو نص عام يدخل فى عمومه كون سبب نقض الحكم هو مخالفة قواعد الاختصاص (لأن مخالفة هذه القواعد لا تعدو فى الجملة أن تكون مخالفة للقانون أو خطأ فى تطبيقه أو فى تأويله) . أما قصر الكلام فى الفقرة الثانية على حالة نقض الحكم لمخالفته لقواعد الاختصاص ، فالعلة فيه هى إظهار ما بين صورة نقض الحكم لهذا السبب ، وصور نقضه للأسباب الأخر من فرق ، هو أن مسائل الاختصاص فى ذاتها لا تحتاج لإعادة إلى محكمة الموضوع للفصل فيها من جديد ، إذ الأمر فيها ينتهى بحكم النقض نفسه . وتتمة هذه الحجة أن الشارع لم يقصد من الفقرة الثانية من المادة ٢٩ تحريم التصدى للموضوع والفصل فيه ، و إنما قصد منها تحريم إحالة مسألة الاختصاص لمحكمة الموضوع لتفصل فيها من جديد .

قلنا هذا فى مقالنا ، ورجونا فى ختامه أن تهدينا محكمة النقض إلى الحل الصحيح لهذه المسألة عند ما تعرض عليها .

ولما كانت المسألة لم تعرض بعد على محكمة النقض فقد حق علينا أن نقطع فيها بما نرجحه ، فنقول إننا نرجح القول بعدم جواز التصدى أخذاً بالحجة

المستفادة من ظاهر نص المادة ٢٩ ومن ترتيب فقراتها والحجج الأخرى التى سبق لنا إيرادها عند تحديد المعنى المراد لعبارة « طلب الموضوع والفصل فيه » ، ونضيف إليها أن الفقرة الثانية من المادة المذكورة — بنصها على أن المحكمة تحيل الخصوم عند الاقتضاء إلى جهة القضاء المختصة للحكم فى موضوع الدعوى — قد دلت على أن الشارع قد منع محكمة النقض من التصدى للفصل فى موضوع الدعوى إذا قضت بنقض الحكم الصادر فى مسألة الاختصاص .

وإذن فلا سبيل لأن تتصدى محكمة النقض للفصل فى موضوع الدعوى إذا كان الحكم المطعون فيه صادرا بعدم الاختصاص ، حتى ولو كان الدفع بعدم الاختصاص قد ضم للموضوع وحصلت المرافعة فيه وكانت القضية صالحة للحكم . ذلك لأنه لا موضوع يكون باقيا أمام محكمة النقض متخلفاً عن نقض الحكم المطعون فيه ومحتاجا إلى فصل منها تصفية له .

وإذا كانت محكمة الموضوع قد قضت فى أصل الدعوى وفى الاختصاص ثم نقض حكمها لعدم اختصاص المحكمة التى أصدرته ، فكذلك لا يجوز لمحكمة النقض أن تفصل فى الدعوى ، ولو كانت مما يدخل فى وظائف المحاكم الأهلية وكان الحكم فيها مما يجوز الطعن فيه بطريق النقض ، بل يتعين ترك الموضوع للمحكمة المختصة لكى تفصل هى فيه ابتداء إذا طرحه الخصوم عليها ، إذ لا يتصور قضاء محكمة النقض فى دعوى لا تكون قد نظرتها بعد محكمة الموضوع المختصة بها واستنفذت ولايتها عليها بالحكم فيها[1] .

---

(١) على أنه إذا لم يطعن فى اختصاص المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه ، ولكن طعن فى قضائها بتأييد الحكم الابتدائى الصادر باختصاص محكمة الدرجة الأولى وفى موضوع الدعوى ، فلمحكمة النقض أن ترفض الطعن بعدم اختصاص محكمة الدرجة الأولى أو تقضى فيه بعدم قبوله لانعدام المصلحة ، اعتماداً على صحة قضاء محكمة الدرجة الثانية فى موضوع الدعوى واختصاصها بالحكم فيها على كل حال . وقد أخذت محكمة النقض المصرية بهذا النظر فى حكم أصدرته فى ٦ يونيه سنة ١٩٣٥ (القانون والاقتصاد س ٥ رقم ٧٨ ص ٢٧٩ والمحاماة س ١٦ رقم ١٠٦ ص ٢٦٠) تقررت فيه : أنه متى صدر حكم فى دفع بعدم الاختصاص =

٣٦٢ — الشرط الثانى : أن تكون الدعوى صالحة للحكم : وإذا كان المفروض أن الحكم المطعون فيه قد صفى الدعوى برمتها وحسم ما كان من نزاع فيها بين الخصوم وأن هذا الحكم قد نقض كله ، فمعنى كون الدعوى صالحة للفصل أمام محكمة النقض أن يكون ما بقى من مسائلها الواقعية والقانونية بعد حل المسألة القانونيـة (التى من أجلها نقض الحكم) ممكنة تصفيته وحسم النزاع فيه بغير اتخاذ أى إجراء جديد من إجراءات التحقيق . وسنبسط القول فى ذلك عند الكلام على كيفية فصل محكمة النقض فى موضوع الدعوى .

٣٦٣ — على أن الظاهر فى قضاء محكمة النقض أنها لا تشترط لإمكان الفصل فى موضوع الدعوى أن يكون صالحا برمته للفصل ، بل إنها قد تفصل فيما تراه صالحا وتحيل الباقى إلى المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه .

ففى قضية كانت حكمت فيها محكمة الاستئناف بعدم صحة ورقتين منكورتين

= المركزى وفى الموضوع معاً ، واستؤنف هذا الحكم وكانت محكمة الاستئناف هى محكمة الدرجة الثانية بالنسبة للمحكمة التى أصدرت الحكم وبالنسبة للمحكمة التى يدعى اختصاصها بنظر الدعوى ، فان هذا الاستئناف ينقل الدعوى برمتها أصلا وفرعا من المحكمة الابتدائية التى كان اختصاصها محل نزاع إلى محكمة الاستئناف التى لا نزاع فى اختصاصها ، وللمحكمة الاستئناف هـذه النظر فى موضوعها مهما تكن المحكمة التى رفعت الدعوى من أول الأمر إليها غير مختصة . ومادام الأمر كذلك فان هـذا النقل تنقطع به المصلحة فى التمسك بعـدم اختصاص محكمة الدرجة الأولى . ومتى أصـدرت محكمة الاستئناف حكمها بتأييد الحكم المستأنف من جهة الاختصاص ومن جهة الموضوع معاً ، وتبين لمحكمة النقض أن قضاءها فى الموضوع صحيح قانوناً ، فقد أصبح الطعن فى الحكم من جهة مسألة الاختصاص واجب الرفض لعدم المصلحة .

ويرى تيسييه فى مثل هذه الصورة أنه لا يجوز لمحكمة الاستئناف إذا أزمعت إلغاء الحكم الصادر بالاختصاص أن تنظر الموضوع ، لا بطريق التصدى ولا على اعتبار أن استئناف الحكم الصادر فى الموضوع قد نقل هذا الموضوع إليها . ولـكن القضاء الفرنسى يجرى على غير هذا الرأى ، ومن أحكامه ما يجيز لمحكمة الاستئناف نظر الموضوع على اعتبار أنه من قبيل التصدى له بعد الازماع على إلغاء الحكم الصادر بالاختصاص كما تتصدى له لو أن محكمة الدرجة الأولى لم تكن قد حكمت فى الموضوع . والكثير من الأحكام يجيز للمحكمة نظر الموضوع على اعتبار أن استئناف الحكم الصادر فيه قد نقل نظره إليها (راجع فى تفصيل ذلك تيسييه ص ٣٩٥ و ٣٩٦ و ٣٩٧ وهوامشها وتعليقه القيم على ن . ف ٢٠ يناير سنة ١٨٩٧ س ٩٩ — ١ — ٢٧٣) . وقد جاء حكم محكمتنا متفقاً مع الرأى الراجح فقهاً وقضاء .

و برفض موضوع الدعوى ، قضت محكمة النقض بنقض الحكم المطعون فيه و بصحة الورقتين و باعادة القضية والخصوم إلى محكمة الاستئناف لتفصل فيها بينهم دائرة أخرى من جديد ، وللمدعى عليهم إذا شاءوا سبيل الادعاء بالتزوير بطريقة القانون[١] . وقد جاء فى أسباب هذا الحكم أن الحكم المطعون فيه قد قضى فى دعوى الإنكار التى اعترضت موضوع الدعوى الأصلية وفى هذه الدعوى الأصلية معاً ، وأن دعوى الإنكار العارضة صالحة للفصل فيها بالحكم بصحة الورقتين بناء على ما ثبت من إقرار المدعى عليهم بأن بصمة الختم الموقع به عليهما هى بصمة ختم .... مورثة مورثهم ، وأن الدعوى الأصلية غير صالحة للفصل ، ولاحتمال أن يسلك المدعى عليهم فيها مسلك الادعاء بالتزوير بأوضاعه المعروفة فى قانون المرافعات ، فيتعين الحكم باعادة القضية إلى محكمة الاستئناف لتحكم فى موضوع الدعوى الأصلية من جديد .

وفى قضية أخرى — كان الحكم المطعون فيه قد قضى برفض دعوى استحقاق لنصيب شرعى فى منزل كان ادعى المدعى عليهم أن مورثهم أوصى بمنفعته لهم ولذريتهم من بعدهم ما تناسلوا ثم إلى جهة بر لا تنقطع ، وكان مبنى الطعن أن محكمة الاستئناف قد أخطأت فى تكييف هذا التصرف بأنه وصية بحق انتفاع مؤبد على هؤلاء الورثة وذريتهم على ما كيفها به المجلس الملى من قبل بغير بحث — فى هذه القضية بعد أن بينت محكمة النقض مخالفة هذا التكييف للقانون ، قالت إن التصرف قد تمحض فى نظرها إلى أنه وقف مضاف إلى ما بعد الموت ، ثم قالت : « لكنها لا ترى البحث فى قيمة هذا التصرف ، لا من جهة الشكل ولا من جهة الصحة ولا من جهة الحكم المقرر لمثله شرعاً عند صحته ، بل ترى ترك كل ذلك للمحكمة الشرعية المختصة وحدها بمسائل أصل الوقف جميعها مهما يكن دين الواقف ، وهذا يقتضى مع نقض الحكم إيقاف الدعوى

---

(١) ٢٦ أبريل سنة ١٩٣٤ (القانون والاقتصاد س ٤ رقم ٤٠ ص ١٠٤ والمحاماة س ١٤ ق ١ رقم ١٧١ ص ٤١١ ومج س ٣٥ رقم ١٣٦ ص ٣٣٤)

لدى محكمة الاستئناف حتى يفصل شرعاً فى كل هذا . وكان نص حكمها أنها حكمت بنقض الحكم المطعون فيـه و إيقاف الدعوى أمام محكمة الاستئناف حتى تفصل المحـكمة الشرعية فى قيمة هذا الوقف المضاف إلى ما بعد الموت من جهة شكله ومن جهة صحته ، ومن جهة ما يكون شرعاً للطاعن من الحقوق فيه عند تقدير قيمته[1] .

المبحث الثالث — فى الأحوال التى يتعين فيها على محكمة النقض إعادة القضية إلى المحـكمة التى أصدرت الحـكم المطعون فيه

٣٦٤ — يتعين على محكمة النقض إعادة القضية إلى المحـكمة التى أصدرت الحـكم المطعون فيه فى جميع الأحوال التى لا يكون فيهـا حكم النقض قد حسم بنفسه موضوع الخصومة أو لا يكون للمحكمة حق الفصل فى موضوع الدعوى . وهذا هو الأصل فى وظيفة محكمة النقض المتفق مع طبيعة عملها والمستفاد من نص الفقرة الثانية من المـادة ٢٩ ومن موضع هذه الفقرة منها ، على ما سبق الذكر .

فإعادة القضية متعينة فى الصور الآتية :

(١) إذا كان الحـكم قد نقض لوقوع بطلان جوهرى فيه ، أو لوقوع بطلان فى الإجراءات أثر فى الحـكم[2] . ذلك لأن الفقرة الأخيرة من المـادة ٢٩ من القانون ، إذ أجازت لمحـكمة النقض أن تطلب موضوع الدعوى وتحكم فيه متى كان سبب النقض هو مخالفة القانون أو الخطأ فى تطبيقه أو فى تأويله ، قد دلت بمفهوم المخالفة على وجوب إعادة القضية إلى المحكمة التى أصدرت الحـكم

(١) ٢١ يونيه سنة ١٩٣٤ (القانون والاقتصاد س ٤ رقم ٦٨ ص ٢١١ والمحاماة س ١٥ ق ١ رقم ٤٤ ص ٨٧ و مج س ٣٥ رقم ٢١١ ص ٥٢٨) . وانظر كذلك حكم ٢٠ يونيه سنة ١٩٣٥ الصادر فى قضية الشفعة المبينة صورتها فيما تقدم (ص ٦٩٨ بالهامش) .

(٢) وأمثلته كثيرة ، منها ن . م . م ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣١ (المحاماة س ١٢ ص ٢١٨) وأول ديسمبر سنة ١٩٣٢ (القانون والاقتصاد س ٣ رقم ٧٤) و ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٢ (القانون والاقتصاد س ٣ رقم ٧٨) .

المطعون فيه إذا كان سبب النقض هو وقوع بطلان جوهرى فى الحكم أو فى الإجراءات .

(٢) إذا كان الحكم قد نقض لمخالفته للقانون أو لخطأ فى تطبيقه أو فى تأويله ، وكان حكم النقض ، بفصله فى المسألة القانونية الخاصة بهذه المخالفة أو بهذا الخطأ ، لا يحسم النزاع فى القضية ، وكان موضوع الدعوى غير صالح للحكم فيه بالمعنى السابق ذكره[١] و[٢] .

الفرع الثالث

فى إلزام المدعى عليه بالمصاريف وأحقية الطاعن فى استرداد الكفالة

٣٦٥ — أولا : الإلزام بالمصاريف : نصت الفقرة الأولى من المادة ٢٩ من القانون على أنه « إذا قبلت محكمة النقض والإبرام الطعن المقدم لها فتنقض الحكم المطعون فيه كله أو بعضه وتفصل قانونا فى المصاريف» . وقد أشارت المادة ٣٨ منه — فيما أشارت إلى وجوب تطبيقه فى قضايا الطعن من القواعد الخاصة بالأحكام — إلى نص المادة ١١٣ من قانون المرافعات التى تقضى بالحكم بمصاريف الدعوى على الخصم المحكوم عليه فيها ؛ وإلى نص المادة ١١٤ التى تجيز الحكم بالمقاصة فى المصاريف وتخصيصها على الخصوم حسب ما تراه المحكمة فى تقديرة فى حكمها .

والملزمون بمصاريف الطعن المحكوم بقبوله هم من كان لهم مصلحة فى الحكم برفضه أو بعدم قبوله وقضى مع ذلك على غير مصلحتهم بنقض الحكم . أما غير هؤلاء ممن اختصم فى الطعن أو أدخل فيه فلا ينبغى القضاء عليه بشىء من المصاريف[٣] .

(١) ن . م . م ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣١ و ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣١ (القانون والاقتصاد س ٢ رقم ٢٠٢ ورقم ٣٨٦) .

(٢) راجع فى كيفية فصل محكمة الإحالة فقرة ٣٦٩ وما بعدها .

(٣) فاى فقرة ٢٣٤ ص ٢٦٧ و ن . ف ١٨ أكتوبر سنة ١٨٩٧ (د ٩٨ — ١ — ٥٠١)

فاذا أدخل المدعى عليه فى الطعن ضامنه الذى قضى الحكم المطعون فيه بإخراجه من الخصومة بغير مصاريف ليسمع الحكم معه برفض الطعن فإنه لا يلزم بشىء من مصاريف الطعن . وقد قضت محكمة النقض الفرنسية فى طعنين رفعهما المحكوم له والمحكوم عليه ورأت بعد ضمهما أن وجهاً من وجوه أحد الطعنين يقتضى نقض الحكم برمته فى مصلحة الطاعنين لما بين الطعنين من تلازم — قضت فيهما بإلزام كل طاعن بمصاريف الطعن المرفوع عليه من خصمه وجعلت مصاريف نسخة الحكم وقيده على من لم تبحث وجوه طعنه اكتفاء بقبول طعن خصمه[(١)] واقتضاء هذا القبول نقض الحكم برمته . وقضت محكمتنا ، فى طعنين رفع أحدهما المدعى عليه فى الدعوى الأصلية ورفع الآخر المدعى عليه فى دعوى الضمان ، بقبول الطعنين و بإعادة القضية للفصل فى الدعويين من جديد و بإلزام المدعى فى الدعوى الأصلية وحده بجميع مصاريف الطعنين[(٢)] . وقضت فى طعن واحد بإلزام الطاعن بثلاثة أرباع المصاريف و بإلزام المدعى عليه بالربع الباقى إذ نقضت الحكم المطعون فيه فى بعض ما قضى به ورفضت الطعن فى باقيه[(٣)] .

والمصاريف التى تلزم بها محكمة النقض من خسر دعوى الطعن من الخصوم هى :

(أولا) مصاريف قضية الطعن ، أى الرسوم المستحقة طبقاً للمادة ٤٢ من القانون ومقابل أتعاب المحاماة الذى تقدره المحكمة . ومن حكم له على خصمه بهذه المصاريف لا يجوز لمحكمة الإحالة أن تلزمه بها حتى ولو حكمت عليه هذه المحكمة بالمصاريف فى الدعوى المحالة[(٤)] .

---

(١) فاى بالمرجع المتقدم و ن . ف ٢٢ يوليه سنة ١٨٩٢ (مجموعة محكمة النقض الرسمية رقم ١٦١)

(٢) ن . م م ٢٣ مارس سنة ١٩٣٣ فى الطعنين رقم ٥٨ و ٧٧ س ٢ قضائية (القانون والاقتصاد س ٣ رقم ١١٢ والمحاماة س ١٣ رقم ٥٤٦ ص ١٠٩٨)

(٣) ن . م . م ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٢ (المحاماة س ١٣ رقم ٣٤٤ ص ٦٩٧)

(٤) جارسونيه فقرة ٤٤٥ هامش ٣ و ن . ف ١١ يوليه سنة ١٨٩٤ (د ٩٤ — ١ — ٥٢٥) و ن . ف ٢٩ نوفبر سنة ١٨٩٩ (د ٩٠٠ — ١ — ٢٢٩) . وكذلك يكون الحكم إذا كان سبب النقض هو بطلان الحكم لخلوه من الأسباب (٢٣ ديسمبر سنة ١٨٤٤ س ٤٦ — ١ — ٧٣٢ وكاربنتييه فقرة ٥١٣١)

(ثانياً) مصاريف صورة الحكم المنقوض و إعلانه ، لأن نقض الحكم إذ يترتب عليه — كما سبق القول — اعتباره كأن لم يكن وعودة الخصومة والخصوم إلى ما كانوا وكانت عليه قبل صدوره ، فهذه المصاريف تكون على من خسر الطعن وألزم بمصاريفه ، حتى ولو قضت محكمة الإحالة فى الدعوى فيما بعد على نحو ما قضى به الحكم المنقوض[1] .

(ثالثاً) مصاريف القضية الأصلية ، إذا كان حكم النقض قد حسم النزاع فيها بفصله فى المسألة القانونية التى اقتضت نقض الحكم المطعون فيه .

(رابعاً) مصاريف القضية الأصلية التى فصلت فيها محكمة النقض عند تصديها للفصل فى الموضوع تطبيقا للفقرة الثالثة من المادة ٢٩ من القانون .

ومن تطبيقات محكمتنا لهذه القواعد أنها قضت فى ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٣٢ بنقض الحكم المطعون فيه وبإلزام المدعى عليه فى الطعن بمصاريفه وقضت فى الموضوع بإلغاء الحكم المستأنف بالنسبة لمبلغ كذا ورفض دعوى المدعى عليه المذكور فيه و إلزامه بالمصاريف المناسبة لهذا المبلغ عن الدرجتين[2] . وقضت فى ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٢ بنقض الحكم المطعون فيه فيما يتعلق بتثبيت ملكية المدعى عليها فى الطعن للعقار وفى الموضوع بإلغاء الحكم المستأنف بالنسبة لدعوى الملكية والحكم بعدم قبولها لرفعها قبل أوانها و برفض الطعن فيما عدا ذلك و إلزام الطاعنة بجميع مصاريف الطعن و إلزام المدعى عليها فى الطعن بالمصاريف المناسبة لدعوى الملكية أمام محكمتى الدرجة الأولى والثانية[3] .

---

(١) كاربنتييه فقرة ٥١٢٤ و ن . ف ١٦ ديسمبر سنة ١٨٥٦ (س٥٧ — ١ — ٥٨٢) وقد قضى تطبيقاً لهذه القاعدة بأنه إذا حكمت محكمة الإحالة بإلزام رافع النقض بمصاريف الاحالة وبمصاريف الدرجة الاستئنافية التى انتهت بالحكم المنقوض ، فانه ينبغى حمل هذا الحكم على استبعاد مصاريف سحب الحكم المنقوض وإعلانه (ن . ف ٧ نوفمبر سنة ١٨٥٥ س ٥٦ — ١ — ١٥١ وكاربنتييه فقرة ٥١٢٥)

(٢) ن . م . م ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٣٢ (المحاماة س ١٣ رقم ١٢٦ ص ٢٨٤ ومج س ٣٤ رقم ١٨٨ ص ٣٩٨)

(٣) ن . م . م ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٢ (القانون والاقتصاد س ٣ رقم ٨٠) وفى هذه القضية والقضية المتقدمة الذكر احتسب رسم الطعن « مقرراً » على دعوى الطعن و « نسبيا » على دعوى الموضوع المحكوم فيها .

وحين كانت الفقرة الثانية من المادة ٤٢ من القانون توجب على المحكمة التى تعاد إليها الدعوى بعد نقض الحكم تحصيل مصاريف قضائية أخرى ، كانت محكمة النقض تلزم الخصم المحكوم عليه بمصاريف الطعن و بمصاريف الاستئناف التى دفعت من قبل[1] . لكن هذه الفقرة من المادة المذكورة قد اقترح إلغاؤها وقبلت لجنة الحقانية بمجلس الشيوخ هذا الاقتراح ، وقالت فى مذكرتها التى قدمتها للمجلس إنها توافق على حذف هذه الفقره ، إذ أنه فى الواقع لا محل لتحصيل الرسوم مرة أخرى ، لأنه إذا كانت المحكمة المطعون فى حكمها قد أخطأت فى تطبيق القانون أو فى تأويله فإن أخطاء القاضى يجب عدلا ألا يتحمل الخصوم نتائجها . و بذلك أصدر قانون ١٠ يوليه سنة ١٩٣٣ .

ومنذ صدور هذا القانون سارت محكمة النقض على عدم إلزام من يحكم عليه بمصاريف الاستئناف ، اللهم إلا إذا فصلت فى موضوع الاستئناف كله أو بعضه فتقضى عندئذ بإلزام من يجب إلزامه بمصاريف الاستئناف كلها أو بعضها ، كما سبق القول .

٣٦٦ — ثانيا : أحقية الطاعن فى استرداد الكفالة : ويترتب على الحكم بقبول الطعن ونقض الحكم — سواء أكان النقض جزئيا أم كليا — أحقية الطاعن فى استرداد الكفالة ، سواء أصرح الحكم بردها أم لم يصرح . وقد جرى العمل عندنا على عدم التصريح ، وعلى صرف قلم الكتاب الكفالة لصاحبها بمجرد اطلاعه على حكم المحكمة[2] .

---

(١) وقد وقع نزاع بين طاعن وخصمه فيما إذا كان يدخل أو لا يدخل فى هذه المصاريف ما تكون محكمة الدرجة الأولى قد قدرته من مصاريف وأتعاب أهل الخبرة الذين عينتهم وقضت محكمة النقض ببطلان أعمالهم وتقريرهم ضمنا ، فحكمت محكمة النقض برفض المعارضة فى الأمر الصادر بعدم تقدير هذه المصاريف لأنها ليست من قبيل المصاريف التى يتكرر دفعها أمام محكمة الإحالة عند اتصالها بالاستئناف المرفوع لديها (ن . م . م ٧ يونيه سنة ١٩٣٤ المحاماة س ١٥ ق ١ رقم ٢٣)

(٢) يجب فى فرنسا على طالب الرد أن يقدم إلى محصل مصلحة القيد le receveur de l'enrégistrement وصل الدفع وشهادة رسمية على ورق تمغة بحكم النقض (جارسونيه فقرة ٤٤٦)

الباب الثالث

فى الاحالة بعد نقض الحكم[1]

٣٦٧ — بيّنا من قبل لم وجبت فى فرنسا إحالة الموضوع بعد نقض الحكم فى جميع الأحوال إلا فى صورتى الطعن لمصلحة القانون ولتجاوز السلطة ، ولم لم تجب فى جميع الأحوال فى مصر ، ثم ذكرنا الأحوال التى ينبغى لمحكمة النقض المصرية أن تحكم فيها بالإحالة والأحوال التى يجوز لها استبقاء الموضوع أمامها للفصل فيه . وعلينا الآن تحديد المحكمة التى تنبغى الإحالة إليها ، وتبيين الاجراءات التى تتبع أمامها وما سلطتها وكيف تسير فيما يحال إليها .

الفصل الأول

فيما هى المحكمة التى تحال إليها الدعوى

٣٦٨ — محكمة الإحالة فى النظام الفرنسى[2] هى فى الغالب — على

(١) هذا الباب معقود لأحكام « إحالة القضية على المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه » . أما إحالة الخصوم على « الجهة المختصة » عند نقض الأحكام فى مسائل الاختصاص ، فقد ذكرنا أحكامها من قبل (راجع فقرة ٣٥٧ من هذا الكتاب)

(٢) قد كان للخصوم أنفسهم قبل ذلك ، وعملا بقانون ٢٧ نوفمبر سنة ١٧٩٠ — أول ديسمبر سنة ١٧٩٠ ، حق اختيار محكمة الإحالة من المحاكم السبع المجاورة للمحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه (كريبون ج ٣ فقرة ٢٩٠ والبنديكت فقرة ١٩٠٩ وربرتوار دالوز فقرة ٢١٢٥)

ما تقضى به المادة ٨٧ من قانون ٢٧ فنتوز سنة ٨ — محكمة أخرى من درجة المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه ، تختارها محكمة النقض من بين المحاكم المجاورة لتلك المحكمة وتعلن اسمها فى حكمها أو فى قرار تصدره بعد ذلك فى غرفة المشورة[1] ، إلا أن يكون الحكم المطعون فيه صادرا عن قاضى المصالحات أو عن إحدى المحاكم الابتدائية ويكون سبب نقضه تجاوز حدود السلطة ، فان الإحالة تكون عندئذ إلى محكمة ابتدائية فى الصورة الأولى ، وإلى محكمة من محاكم الاستئناف فى الصورة الثانية[2] .

أما فى مصر فمحكمة الإحالة هى المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه ، على ألا يكون من ضمن أعضائها أحد من القضاة الذين اشتركوا فى إصداره .

الفصل الثانى

كيف تتصل محكمة الإحالة بالدعوى وكيف تسير فيها ؟

الفرع الأول

فى اتصال محكمة الاحالة بالدعوى

٣٦٩ — قلنا إن نقض الحكم يترتب عليه اعتباره كأن لم يكن وإعادة الخصوم إلى ما كانت عليه القضية وكانوا عليه هم قبل إصداره . ونقول الآن إن

(١) جارسونيه فقرة ٤٤٧ ص ٧٦٥
ولمحكمة النقض الجنائية أن تحيل الدعوى إلى أية محكمة إحالة تكون من درجة المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه (المواد ٤٢٧ و ٤٢٩ من قانون تحقيق الجنايات الفرنسى)

(٢) جارسونيه فى المرجع المتقدم . وتنص المادة ٤٢٩ من قانون تحقيق الجنايات الفرنسى على أن محكمة النقض تحيل القضية إلى المحكمة المختصة إذا كان سبب النقض هو مخالفة قواعد الاختصاص ، وقد تكون المحكمة المختصة محكمة ابتدائية (البنديكت فقرة ١٩١١)

محكمة الإحالة لا تتصل بالدعوى التى أحيلت وأعيدت إليها ، إلا إذا عجلها[١] طالب التعجيل لإحدى الجلسات[٢] .

٣٧٠ — فاذا لم تعجل الدعوى و بقيت المرافعة منقطعة ثلاث سنوات بعد أن فتح لها طريق السير نحو الحكم الجديد ، جاز لمحكمة الاحالة أن تحكم ببطلان المرافعة وجاز أن يترتب على حكمها بالبطلان اعتبار الحكم المستأنف انتهائيا لا يستأنف بالتطبيق للمادتين ٣٠١ و ٣٠٤ من قانون المرافعات .

وقد اختلف فى فرنسا فى أى التاريخين يجب اعتباره مبدأ لاحتساب مدة انقطاع المرافعة ؟ أيكون هو تاريخ صدور حكم محكمة النقض ، أم تاريخ إعلان هذا الحكم لمن توجه إليه دعوى بطلان المرافعة (وهو المستأنف أو المدعى أمام محكمة الموضوع) . فذهب ملحق دالوز — على ما يظهر — إلى وجوب التفرقة بين ما إذا كان طلب بطلان المرافعة موجهاً للطاعن الذى صدر حكم النقض فى مصلحته و بين ما إذا كان هذا الطلب قد وجه إلى المدعى عليه فى الطعن ، ثم إلى اعتبار تاريخ إعلان هذا الحكم مبدأ للحساب فى حق المدعى عليه فى الطعن و إلى اعتبار تاريخ صدور الحكم فى حق الطاعن ، اعتبارا بأن المدعى عليه فى الطعن غير مكلف بإعلان حكم النقض الصادر لغير مصلحته إلى خصمه ، وهو يستشهد فى ذلك بحكم دائرة العرائض الصادر فى ٢٨ يونيه سنة ١٨٧٥[٣] . و يقول المستشار فاى إن محكمة النقض تميل إلى تفرقة أخرى تقيمها على أساس كون الحكم الصادر من محكمة النقض حضوريا أو غيابيا ، فتعتبر تاريخ حكم النقض مبدأ الحساب إذا

(١) جاء فى نص الفقرة التالية « إذا طلب ذلك الخصوم » وجاء فى المذكرة الايضاحية أنه « يجوز للخصوم أن يكتفوا إذا شاءوا بحكم محكمة النقض . . . » والمعنى أن للخصوم أن يكتفوا بحكم محكمة النقض أو يطلبوا الحكم فى الدعوى من محكمة الاحالة .

(٢) لا تتصل محكمة الاحالة بالدعوى فى فرنسا إلا إذا أعلن حكم النقض للخصم وعجلت الدعوى أمامها . ووجوب إعلان الحكم مستفاد من نص المادة ٩ من الباب الثالث عشر من لائحة ١٧٣٨ التى تنص على بطلان ما يتخذ من إجراءات تنفيذ الأحكام قبل إعلانها (تعليقات دالوز فقرة ٥٦٥٧ و ٥٦٦٠)

(٣) د ٧٦ — ١ — ٣٠ وملحق دالوز فقرة ٤٧٨ وفاى ص ٣٠٦

كان الحكم حضوريا ، سواء رفعت دعوى إبطال المرافعة على الطاعن أو على المدعى عليه فى الطعن . فاذا كان المدعى عليه فى النقض هو المستأنف فإنه يجب أن تحتسب عليه مدة الانقطاع من تاريخ صدور حكم النقض ، لأنه هو الذى عليه أن يتابع السير فى استئنافه من يوم أن فتح له حكم النقض طريق السير فيه أمام محكمة الإحالة[١] .

أما فى مصر فإذ كانت أحكام محكمة النقض معتبرة كلها حضورية لا يجوز الطعن فيها بالمعارضة ، فالصواب لذلك عندنا هو ما جاء بملحق دالوز من التفصيل المتقدم .

الفرع الثانى

فى سير الدعوى أمام محكمة الإحالة

٣٧١ — ومتى أعيدت الدعوى إلى المحكمة فإنها تأخذ طريقها إلى الحكم من النقطة التى كانت بلغتها إجراءات المرافعة قبل الحكم المنقوض . فان كان الحكم قد نقض لوقوع بطلان فيه أو لمخالفة للقانون أو لخطأ فى تطبيقه أو فى تأويله ، جاز الشروع فى الحكم على حاصل الأقوال والطلبات الختامية السابق تقديمها بغير احتياج إلى إجراءات أخر . وإن كان قد نقض لوقوع بطلان فى الإجراءات أثر فى الحكم ، سير فى الدعوى من النقطة السابقة لتلك الإجراءات[٢] .

ويترتب على كون محكمة النقض تقضى بنقض الحكم المطعون فيه وبإعادة الخصوم والدعوى إلى المحكمة التى أصدرت الحكم المنقوض لتفصل فيها بينهم من جديد ، أن الخصومة تنحصر أمامها بين من صدر بينهم حكم النقض فى حدود

(١) فاى ص ٣٠٧ وهامش ٢ الذى استشهد فيه بحكم النقض الصادر فى ١٢ يونيه سنة ١٨١٢ المنوه عنه فى ريبرتوار دالوز تحت كلمة بطلان مرافعة فقرة ١٠٢

(٢) أما إن كان الاجراء الباطل قد وقع أمام محكمة الدرجة الأولى فالدعوى تسير أمام محكمة الاحالة على الوجه الذى تقتضيه ظروفها وإنما لا تعود القضية أمام محكمة الدرجة الأولى .

ما نقض من الحكم المطعون فيه ، وأن يكون لهؤلاء الخصوم أن يسلكوا أمامها ما كان يجوز لهم أن يسلكوه من مسالك الطلب والدفع ووجوه الدفاع ، وأن يكون للمحكمة من مسالك الحكم ووسائله ما كان لها من ذلك قبل صدور الحكم المنقوض .

المبحث الأول — ولاية المحكمة من جهة الخصوم

٣٧٢ — لا ولاية لمحكمة الإحالة إلا على من صدر بينهم حكم النقض وغيرهم ممن تعدت آثار هذا الحكم إليهم ، على ما سبق تفصيله فى موضعه من هذا الكتاب .

فلا تتصل هذه المحكمة إذن ، لا بمن كانت محكمة الموضوع قد حكمت بإخراجه من الدعوى ، ولا بمن قضت له نهائيا برفض دعوى خصمه عليه ولم يكن خصما أمام محكمة النقض ولا هو ممن تتعدى إليه آثار حكم النقض بطريق اللزوم أو التبعية [١] (par voie de conséquence) . وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بنقض حكم محكمة إحالة لمخالفتها لهذا الأصل فى القضية الآتية : دعوى استحقاق أدخل فيها المدعى عليه بائعه ضامناً له ، وأدخل هذا الضامن ورثة بائعه ضماناً له كذلك ، وحكمت محكمة الاستئناف بإخراج بعض الورثة من دعوى الضمان الثانية (لعدم صحة إعلانهم) وقضت فى الدعوى الأصلية بطلبات المستحق ، وفى دعوى الضمان الأولى بإلزام المدعى عليه فيها بالضمان ، وفى دعوى الضمان الثانية بإلزام الورثة الباقين فى الخصومة بالضمان كذلك . فطعن هؤلاء الورثة فى الحكم وادعوا أنهم قد ألزموا بمبلغ الضمان كله مع وجوب عدم إلزامهم إلا على نسبة حصصهم فى الميراث فنقضته محكمة النقض ، ولما أعادت محكمة الإحالة النظر فى الدعوى ألزمت

---

(١) تيسيه ص ٥٢٦ وهامش ٢ وراجع ن . ف ٣٠ مايو ١٨٧٦ (س ٧٧ — ١ — ٢٥٦) فى عدم قبول التدخل أمام محكمة الاحالة ممن لم يكن خصما أمام محكمة النقض فى دعوى بحق قابل للتجزئة .

جميع الورثة بالضمان من كان أخرج منهم ومن أبقى ، على اعتبار أن حكم النقض قد تناول دعوى الضمان الثانية بجميع أجزائها و بالنسبة لجميع الورثة . فطعن فى هذا الحكم فنقضته محكمة النقض[١] .

٣٧٣ — وقد اختلف فى خصم أدخله المدعى عليه ضامناً له ، ثم حكم فى الدعوى الأصلية برفضها وفى دعوى الضمان بأن لا محل بعد للحكم فيها ، ثم طعن المدعى الأصلى فى الحكم الصادر برفض دعواه وقبل الطعن ونقض الحكم ، هل تعود الخصومة معه إلى ما كانت عليه قبل الحكم المنقوض رغم عدم اختصامه فى الطعن أم لا تعود ؟ قضت محكمة استئناف (كان) بجواز إدخاله[٢] ، تأسيساً على أن الحكم فى دعوى الضمان بأن لا محل للفصل فيها قد ترتب فى الواقع على الحكم فى الدعوى الأصلية برفضها ، ومتى ترتب الحكم فى جزء من أجزاء الدعوى على الحكم فى جزء آخر فإنه يترتب على نقض الحكم فى هذا الجزء نقض الحكم فى الجزء المترتب هو عليه . على أنه قد قيل فى ملحق داللوز[٣] ان ما جاء بأسباب هذا الحكم من أن نقض الحكم الصادر بالرفض فى الدعوى الأصلية قد ترتب عليه نقض الحكم الصادر فى دعوى الضمان ، لم يكن ليحسم النزاع القائم حول ما إذا كان يجوز للمضمون — بعد أن أهمل إدخال ضامنه أمام محكمة النقض — أن يدخله بعد ذلك أمام محكمة الإحالة ، وهى مسألة أخرى تتعلق فى الواقع بما إذا كان المضمون يمكن اعتباره قانوناً أنه قد مثل ضامنه فى الخصومة التى قامت بينه هو و بين الطاعن فى خصوص الحكم الصادر فى الدعوى الأصلية فيسرى عليه حكم النقض ، أم لا يعتبر أنه مثله فيصبح الحكم الصادر برفض دعوى

---

(١) ن . ف ١٤ أبريل سنة ١٨٨٥ (د ٨٥ — ١ — ٤٠١) وقد سبق التمثيل بهذا الحكم فى موضع آخر (ص ٦٦٠ — ٦٦١)

(٢) محكمة استئناف كان فى ١٥ يونيه سنة ١٨٧٧ (د ٧٨ — ٢ — ١٧٤) وتعليقات داللوز ٥٦٩١ .

(٣) ملحق داللوز ٤٨٠

الضمان نهائياً لايجوز الرجوع فيه . وهذا النظر الأخير هو مايظهر أن محكمة النقض الفرنسية تميل إليه[١] ، وهو ما قضت به محكمة اميان بحكمها الصادر فى ١١ مايو سنة ١٨٧٧[٢] .

٣٧٤ — وكذلك قد اختلف فى فرنسا فيما إذا كان يجوز لمن لم يكن خصما الطعن أن يتدخل أمام محكمة الاحالة . فذهب دالوز فيما علق به على حكم محكمة استئناف أورليان الصادر فى ٤ يونيه سنة ١٨٩٢[٣] إلى عدم الجواز، محتجا بأن محكمة الاحالة لا تستطيع — وقد ندبتها محكمة النقض لتفصل فيما أحالته إليها من مسائل الدعوى بين خصوم معينين — أن تتجاوز حدود ولايتها هذه فتقبل إدخال من لم يكن خصما فى الطعن أو تدخله ، ومستشهدا على ذلك بحكمى محكمة النقض الصادرين فى ١٧ نوفمبر سنة ١٨٣٥ و ١٨ يناير سنة ١٨٣٧[٤] . ولكن يميل المستشار فاى إلى جواز التدخل مستدلا بعموم نص المادة ٤٦٦ من قانون المرافعات التى تجيزه فى أى حالة كانت عليها الدعوى ، ومجيباً على هذين الحكمين الصادرين عن محكمة النقض بأنهما إنما منعا من قبول التدخل الجبرى ، وإن جاءت أسبابهما بصيغة مطلقة تشمل التدخل الجبرى والتدخل الاختيارى[٥] .

ولا محل لهذا الاختلاف فى مصر لأن محكمة الاحالة هى نفس المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه ، فتصير المسألة — كما لو عرضت على المحكمة قبل إصدار الحكم المنقوض — خاضعة للقواعد العامة التى تجيز أو لا تجيز التدخل

(١) ن . ف ١٠ ديسمبر سنة ١٨٥٥ (د ٥٦ — ١ — ٦٠) وتعليقات دالوز فقرة ٥٦٩٣

(٢) حكم محكمة استئناف أميان فى ١١ مايو سنة ١٨٧٧ (د ٧٨ — ٢ — ٢١٨) وتعليقات دالوز فقرة ٥٦٩٢

(٣) حكم محكمة استئناف أورليان فى ٤ يونيه سنة ١٨٩٢ (د ٩٦ — ٢ — ١٦١ والتعليق عليه)

(٤) قد ذكرت أسباب هذا الحكم بهامش الفقرة ٢١٨٣ وص ٤٨٠ من ربرتوار دالوز .

(٥) فاى ص ٣١٠ وهامش ٨

بنوعيه أمام محكمة الدرجة الثانيـة . ولا محل لبحث ما إذا كان طالب التدخل قد تدخل أو لم يتدخل أمام محكمه النقض ، لأن القانون لا يجيز التدخل أمامها لمن لم يكن خصما أمام المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه .

المبحث الثانى — ولاية المحكمة من جهة الخصومة

٣٧٥ — ولاية محكمة الإحالة يحددها بالضرورة حكم النقض ، فتعم كافة أجزاء الدعوى إذا كان النقض كليا ، وتخص ما نقض من الحكم المطعون فيه إذا كان النقض جزئيا[١] . فلا تملك محكمة الإحالة إذن حق الفصل فيما لم يطعن فيه ولا فيما رفض الطعن فيه من أجزاء الحكم المنقوض[٢] . ولا تختص بما يقوم فى سبيل تنفيذ حكم النقض من الإشكالات الموضوعيـة متعلقاً برد ما يجب رده من أصل وفائدة تنفيذا للحكم المطعون فيه ، فالاختصاص فى ذلك يجب أن يكون لمحكمة النقض تطبيقاً للعبارة الأخيرة من نص المادة ٣٨٦ مرافعات[٣] .

وما عليك لمعرفة ما يدخل فى تصرف ولاية محكمة الاحالة من مسائل الدعوى إلا الرجوع إلى ما سبق تفصيله فى باب آثار أحكام النقض ، فقد بينا فى ذلك الباب متى يكون النقض جزئيا ، وكيف يعرف أنه جزئى أو غير جزئى ، وكيف يمتد أثر النقض فى جزء من الحكم إلى أجزاء أخر منه ، ومتى يقع وما هى

(١) فاى فقرة ٢٧٥ ص ٣٠٨ وجارسونيه ص ٧٧٠ وربرتوار دالوز فقرة ٢١٧٧ وتيسييه ص ٥٢٦ وهامش ٣ وكاربنتييه فقرة ٥٠٣٢ وما بعدها .

(٢) ربرتوار دالوز فقرة ٢١٧٢ وتيسييه المرجع السابق وحكم محكمة بو فى ٢٩ مايو سنة ١٨٩٣ (د ٩٤ — ٢ — ٣٤) و ع . ف ٢٠ يناير سنة ١٩١٩ (س ٩٢١ — ١ — ٢٠٢)

(٣) راجع فقرة ٣٤٨ من هذا الكتاب . وهذه الاشكالات فى فرنسا لا تكون من اختصاص محكمة الاحالة ، لأن اختصاصها عارضى ومحصور فى الموضوع الذى أحيل إليها (كاربنتييه فقرة ٥٠٤٢ و ن . ف ١٨ يناير سنة ١٨٣٧ (س ٣٧ — ١ — ١٢٤) بل هى من اختصاص محكمة محل التنفيذ (كاربنتييه فقرة ٥٠٥١ و ن . ف ٢ مارس ١٨٦٩ س ٧٨٦٩ — ١ — ١٨٣)

أسبابه ، ومتى يتعدى أثر النقض إلى ما لحق الحكم المنقوض من أحكام وأعمال وإجراءات[١]؛ ولم يبق إلا أن نورد لك بعض ماقضت به المحاكم الفرنسية تطبيقاً لتلك القواعد فنقول : قد قضى بأنه إذا طعن الخصمان فى الحكم الصادر بينهما ورفض طعن أحدهما وقبل طعن الآخر ونقض الحكم فان هذا النقض يكون جزئيا ولا يكون لمحكمة الإحالة إلا الفصل فيما نقض الحكم فيه خاصا بطلبات من قبل طعنه منهما[٢]. وقضى بأن من حكم برفض دعواه المتضمنة طلب الحكم بإلزام خصمه بأن يدفع له أصل دينه ومتجمد فوائده ، ثم قصر طعنه على جزء الحكم القاضى برفض طلبه المتعلق بأصل الدين ، لا يجوز له — متى نقض الحكم — أن يطلب من محكمة الإحالة الحكم بمتجمد الفوائد ، وذلك اعتبارا بأن الطعن فى الحكم ونقضه كانا جزئيين[٣]. وقضى بأنه متى كان الحكم المنقوض قد حكم برفض الطلبات الأصلية فى أسبابه والطلبات الاحتياطية فى منطوقه ، فان نقضه يكون كليا ومحكمة الإحالة تكون مختصة بنظر جميع الطلبات الأصلية والاحتياطية من جديد[٤]. وبأنه إذا رفضت محكمة الاستئناف الحكم بالطلبات الأصلية وقضت لصاحبها على خصمه بالطلبات الاحتياطية ، ثم نقض هذا الحكم بناء على طلب المحكوم عليه ، فانه لا يكون لمحكمة الإحالة أن تعيد النظر فى الطلبات الأصلية التى صار الحكم برفضها انتهائيا لعدم الطعن فيه[٥]. وأنه إذا حكمت محكمة الاستئناف لبائع بنفاذ بيعه وبالزام خصمه له بتضمينات تطبيقاً لشروط عقد

---

(١) رقم ٣٣٦ وما بعده من هذا الكتاب .

(٢) كاربنتيه فقرة ٥٠٤٥ وحكم محكمة رن فى ٢٢ أبريل سنة ١٨٣٢ وقد أشير إلى هذا الحكم فى هذه الفقرة وفى ربرتوار دالوز فقرة ٢١٧٧ .

(٣) كاربنتيه فقرة ٥٠٤٧ و ن . ف ٢٢ مارس سنة ١٨٤١ (س ٤١ — ١ — ٤٨٣)

(٤) كاربنتيه فقرة ٥٠٨١ و ن . ف أول مارس سنة ١٨٥٢ (س ٥٢ — ١ — ٧٤١)

(٥) حكم محكمة اميان فى ١٤ فبراير سنة ١٨٤٠ (بنديكت ١٨٤١ — ١ — ٧١٨ وربرتوار دالوز فقرة ٢١٧٢)

البيع ، ثم نقض الحكم لعدم اشتماله على الأسباب التي بنى عليها الحكم بالتضمينات فإنه يكون لمحكمة الإحالة أن تنظر الدعوى برمتها متى تبين لها أن بين طلب الحكم بالتضمينات وطلب الحكم بنفاذ البيع بشروطه من الاتصال وعدم الانفكاك ما لا يمكن معه اعتبار النقض جزئيا[1] .

٣٧٦ — ولقد بحث في فرنسا عما يدخل في ولاية محكمة الإحالة إذا كان الحكم المنقوض حكما تمهيديا أو حكما صادراً في مسألة اختصاص ، تفريعاً عما هو مقرر عندهم من جواز الطعن في الأحكام التمهيدية استقلالا ، ومن وجوب الحكم بالإحالة عندهم كذلك في جميع الأحوال ومن عدم تقيد محكمة الإحالة بما رأته محكمة النقض في حل المسألة القانونيــة التي من أجلها نقض الحكم . لقد بحث في ذلك فجرى القضاء فيها بأنه متى كان الحكم المنقوض حكما تمهيــديا فإن محكمة الإحالة يكون لهـا أن تبحث من جديد المسألة القانونية الأصلية التي صدر الحكم التمهيدي المنقوض على مقتضاها وأن تطلب موضوع الدعوى الأصلي وتفصل فيه ، ولو كانت محكمة الموضوع الأولى لم تتصد له واقتصرت على إلغاء الحكم التمهيدي المستأنف ، بل لو كانت محكمة الدرجة الأولى أصدرت أثناء ذلك حكمها القطعي في الموضوع واستؤنف أمام محكمة الموضوع الأولى التي أصدرت الحكم التمهيدي المنقوض[2] . وكذلك قضى بأنه إذا كان الحكم المنقوض صادراً فقط في مسألة اختصاص فإنه يكون لمحكمة الإحالة — عند إعادة النظر في مسألة الاختصاص — أن تفصل في الموضوع بطريق التصدي متى توافرت شروطه ورأت إلغاء الحكم المستأنف[3] . أما إذا رأت محكمة الإحالة تأييد الحكم المستأنف فإن موضوع

(١) ن . ف ٢٦ نوفمبر سنة ١٨٧٩ (س ٨٠ — ١ — ١٩٨) .
(٢) تعليقات دالوز من فقرة ٥٧٨٨ إلى فقرة ٥٧٩١ والمراجع التي فيها ، وفاي فقرة ٢٧٦ و ن . ف ٢٨ يناير سنة ١٨٤٨ (د ٥١ — ١ — ١٦٦) .
(٣) تعليقات دالوز فقرة ٥٧٩٢ و ٥٧٩٣ و ع . ف ١٧ يناير سنة ١٨٥٩ (٥٩ — ١ — ٢٢٠) .

الدعوى يبقى من اختصاص المحكمة حسب قواعد الاختصاص العامة[1] .

ولا يمكن تصور وقوع مثل ذلك فى مصر لأن الأحكام التمهيدية عندنا لا يجوز الطعن فيها بالنقض استقلالا[2] ، ولأن الأحكام الصادرة فى مسائل الاختصاص لا يبقى بعد نقضها من مسائل الدعوى ما يستدعى إحالته إلى محكمة الموضوع للفصل فيه من جديد . وحتى لو رفع الطعن فى الحكم التمهيدى والحكم القطعى المبنى عليه وكانت محكمة النقض بنقضها الحكم التمهيدى قد نقضت الحكم الصادر فى الموضوع بطريق التبع والإلحاق ، فالموضوع — فى هذه الصورة — يدخل فى ولاية محكمة الاحالة بمقتضى الاحالة نفسها ، وبذا فلا يكون ثمة محل للبحث فى أمر التصدى .

٣٧٧ — وتحكم محكمة الإحالة فى مصاريف الاستئناف الذى أعيد إليها نظره بعد النقض ، سواء ما استحق منها قبل الحكم المنقوض فى المرحلة الأولى وما استحق بعد الإحالة . ولكن ليس لها — إذا قضت فى الاستئناف على غير مصلحة من كسب الطعن — أن تقضى عليه بما ألزمت محكمة النقض خصمه به من مصاريف الطعن وبعض مصاريف الاستئناف الذى فصلت فى جزئه ، ومصاريف إعلان حكم النقض وتنفيذه بالرد[3] .

المبحث الثالث — ما يجوز لخصوم الدعوى أن يسلكوه أمام محكمة الإحالة من مسالك الطلب والدفع ووجوه الدفاع

٣٧٨ — وإذ يترتب على نقض الحكم المطعون فيه وإعادة الدعوى إلى

(١) تعليقات دالوز فقرة ٥٧٩٢ وما بعدها .

(٢) أما إذا كان الحكم الذى نقض هو الجانب القطعى للحكم المطعون فيه (كما إذا صدر بجواز الاثبات بالبينة وبالتحقيق) وكانت محكمة النقض قد قضت بالاعادة ، فانه يجوز لمحكمة الاحالة — إذا رأت أن الوقائع المراد إثباتها غير متعلقة بالدعوى ولا جائزة القبول فيها — أن تفصل فى موضوع الدعوى على ما تراه .

(٣) فاى فقرة ٢٧٩ ص ٣١١ و ن . ف ١٤ يوليه ٥٢ (د ٥٢ — ١ — ٢٠٣) و ٢٦ يناير سنة ١٨٨١ (د ٨١ — ١ — ١٥٠) و ٢٢ فبراير ١٨٩٩ (د ٩٠٠ — ١ — ٢٣٠)

المحكمة التى أصدرته أن يرجع الخصوم بالنسبة للجزء المحكوم بنقضه إلى حالتهم التى كانوا عليها قبل إصدار الحكم المنقوض ، كان لهم أن يسلكوا أمام هذه المحكمة من مسالك الطلب والدفع والدفاع[١] ما كان لهم أن يسلكوه من ذلك قبل إصداره . فلهم أن يضيفوا إلى طلباتهم الأصلية ما أجاز لهم القانون إضافته فى الاستئناف من الأجر والفوائد والأرباح ونحو ذلك مما يتبع الأصل « من وقت تقديم آخر الطلبات فى المحكمة الابتدائية » وكذلك « ما زاد فى التعويضات من وقت الحكم المستأنف » ، وذلك تطبيقاً للمادة ٣٦٨ مرافعات[٢] ؛ كما يجوز لهم أن يبدوا من الدفوع ووجوه الدفاع الجديدة لثبوت الدعوى أو نفيها ، تطبيقاً للمادة ٣٦٩ مرافعات ، ما كان يجوز لهم إبداؤه أمام محكمة الاستئناف التى أصدرت الحكم المنقوض[٣] . فالمستأنف عليه يجوز له أن يدفع بأن الحكم المستأنف انتهائى لا يستأنف[٤] ، وأن يرفع استئنافا فرعيا[٥] ، وأن يطلب الحكم ببطلان المرافعة فى الاستئناف المرفوع من خصمه ليصل بذلك إلى اعتبار الحكم المستأنف انتهائيا لا يستأنف[٦] .

ويجوز لهم أن يبدوا أمام المحكمة ما لم يكن أبدوه من أوجه الدفع أو أوجه البطلان ، إلا أن يكون حقهم فيه قد سقط بمواجهة الموضوع[٧] ، فالساقط لا يعود .

---

(١) جارسونيه فقرة ٤٥٠ ص ٧٧٠ وتيسييه ص ٥٢٦ و ٥٢٧ وتعليقات دالوز من فقرة ٥٧٤٩ إلى ٥٧٨٧

(٢) تيسييه ص ٥٢٦ هامش ٤ ون . ف ١٤ مايو ١٨٥١ (د ٥١ — ١ — ٢٦١) و ٤ أبريل سنة ١٨٩٢ (س ٩٧ — ١ — ٥١٦) وحكم بواتييه ٢٩ يونيه سنة ١٩٠٤ (نقض بهامش ع . ف ٢٢ يونيه سنة ١٩٠٥)

(٣) المرجع السابق وجارسونيه ص ٧٧٠ هامش ٧ وربرتوار دالوز فقرة ٥٠٦١

(٤) حكم محكمة تولوز فى ٦ فبراير سنة ١٩٠٧ (س ٩٠٨ — ٢ — ١٩٨)

(٥) جارسونيه ص ٧٦٩ وحكم محكمة مونبلييه فى ٣٠ نوفبر سنة ١٨٦٤ (د ٦٥ — ٢ — ٢١٦ وتيسييه ص ٥٢٧ هامش ١)

(٦) جارسونيه ص ٧٧١ هامش ٢٣ وع . ف ٧ نوفبر سنة ١٨٨٨ (د ٨٩ — ١ — ٢٥٩)

(٧) فاى ص ٣٠٩ وتيسييه ص ٥٢٦

فمن كان له أن يطلب بطلان صحيفة الدعوى مثلا وكان سقط حقه فى هذا الطلب لحضوره الجلسة ومواجهته موضوع الدعوى ، لا يكون له بعد نقض الحكم أن يتمسك بهذا البطلان[1] . ومن لم يطعن فى أعمال خبير ندبته المحكمة وسقط حقه فى ذلك لا يكون له أن يطعن فيها بعد نقض الحكم الصادر فى موضوع الدعوى .

وعلى الجملة ما من وجه دفاع يمكن أن يفيده خصم من قول أو اعتراف أو إجراء إلا ويكون له الحق فى إبدائه كذلك ، ما لم يمنع منه مانع قانونى . فمن رفض ماعرضه خصمه عليه من ترك التمسك بورقة من أوراق المرافعات الحاصلة أثناء الإجراءات السابقة للحكم المنقوض ، لايجوز له — بعد أن عدل خصمه عما عرض — أن يدعى أن حكم النقض يجيز له قبول هذا الترك بعد رده على صاحبه من قبل .

ويجوز لهم إبداء وجوه دفاع جديدة ، بل يجوز لهم — فى حدود ما نقض من الحكم على ما سبق تفصيله — إبداء ما سبق لهم إبداؤه من أوجه الدفع ووجوه الدفاع ، سواء منها ما أخذ به الحكم المنقوض أو قضى برفضه[2] ضمناً ، أية كانت علة نقضه . ذلك لأن الحكم الذى نقض لا تكون له بعد نقضه أية حجية بالنسبة لأى دفع أو دفاع يكون قد رفضه أو قبله ، فجميعها تعود له الحياة ويصح تقديمه من جديد لمحكمة الإحالة ، ولهذه المحكمة أن تدخل فى بناء حكمها الجديد ما تراه

---

(١) المرجع السابق .

(٢) وفى ذلك قال جارسونيه : إن محكمة الاحالة تبحث جميع المسائل التى حلها الحكم المنقوض ولو ضمناً ، وجميع وجوه الدفاع التى قبلها هذا الحكم أو رفضها ، وجميع المسائل الفرعية المتصلة بذلك ، وكل ما يعتبر أنه من ملحقاتها ولوازمها الطبيعية

Elle connait de toutes les questions résolues même implicitement par cet arrêt, de tous les moyens qu'il a *acceuillis ou rejetés, de tous les incidents qui s'y rattachent et de tout* ce qui en *forme* l'accessoire naturel.

(راجع ص ٧٦٩ وهامش ٣ و ٤ و ٥ و ٦) وقال فى هامش ٤ : بغير أن يحتج فى ذلك كله بقوة الشىء المحكوم به *sans qu'il puisse* opposer à cet égard l'exception de la chose jugée.

صالحا لبنائه ، حتى ما يكون قد رفضته من قبل[١] .

ومن الشواهد على هذه القاعدة حكم أصدرته محكمة النقض الفرنسية فى ٣ مارس سنة ١٨٣٤ . ومحصل قضيته أن كمبيالة محولة ضاعت من يد حاملها ، فطالب المسحوبَ عليه بقيمتها ، فاعتل هذا بأن ليس عنده لمن سحبها مقابل الوفاء وأثبت ذلك فى بروتستو عدم الدفع ، فرجع صاحب الكمبيالة على من كان حولها له ، فدفع هذا ببطلان البروتستو محتجا بأن صاحب الكمبيالة كان عليه أن يعرض الأمر على قاضى الأمور الوقتيـة ويثبت تحويل الكمبيالة ليأذنه بعرضها على المسحوب عليه ليدفع قيمتها تطبيقاً لنص المادتين ١٥١ و ١٥٢ من قانون التجارة (المقابلتين للمادتين ١٥٠ و ١٥١ من قانون التجارة الأهلى) فلم تعبأ محكمة الدرجة الأولى بهذا الدفاع وقضت بالزام المحيل بدفع قيمة الكمبيالة . فاستأنف وأصر على دفاعه المتعلق ببطلان ورقة البروتستو ، وطلب المستأنف عليـه تأييد الحكم المستأنف وأضاف إلى ما أجاب به على هذا الدفاع وجهاً آخر ، محصله أن اسمَى الساحب والمحيل الأول المذكورين فى الكمبيالة لم يكن لمسميهما وجود فى واقع الأمر بل هما اسمان صوريان ، فما كان عليه لذلك أن يستأذن قاضى الأمور الوقتية فى عرض الكمبيالة على المسحوب عليه ولا أن يعرضها على المسحوب عليه بالفعل ، ثم أضاف إلى ذلك أن خصمه هو المحيل المباشر للكمبيالة فهو مسئول عن وجود الدين الذى حوله تطبيقا للمادة ١٦٩٣ من القانون المدنى ، فحكمت محكمة الاستئناف ببطلان ورقة البرتستو وبتأييد الحكم المستأنف . ولما نقض هذا الحكم أعاد حامل الكمبيالة دفاعه المتقدم الذكر ، فدفع خصمه بعدم قبوله مدعياً أن حكم محكمة الدرجة الأولى أصبح انتهائيا فى جزئه الخاص برفض الدفع ببطلان ورقة البروتستو ، فلم تأبه لذلك محكمة الإحالة وحكمت بتأييد الحكم

---

(١) تعليقات دالوز فقرة ٥٧٥٥ وما بعدها وفيها الأحكام المؤيدة لهذه القاعدة ، وقد جاء بفقرة ٥٧٧٠ أن الرأى المخالف لذلك مرجوح .

المستأنف . ولما طعن فى الحكم الاستئنافى أبرمته محكمة النقض ، وقالت فى أسباب حكمها : إن محكمة الاستئناف الأولى لم تنص فى حكمها الذى نقض على إلغاء الحكم المستأنف ، بل إنها قد أيدته ، وغاية ما فى الأمر إنها رفضت الوجه القانونى الذى اعتمدت عليه محكمة الدرجة الأولى وأقامت قضاءها على وجه قانونى آخر ؛ وإنها (أى محكمة النقض) إذ نقضت هذا الحكم الاستئنافى قد أعادت الخصومة والخصوم إلى ما كانت وكانوا عليه قبل صدوره ، ولذلك كان على محكمة الإحالة أن تنظر فى جميع ما سلكه الخصوم أمامها من وجوه الدفاع تأييداً لمطالبهم ودفوعهم [1] .

ومن الشواهد أيضاً حكم آخر أصدرته فى ٧ أبريل سنة ١٨٥٢ . وقد كان المستأنف عليه طلب من محكمة الموضوع الأولى الحكم ببطلان صحيفة الاستئناف لعدم إعلانها له فى المحل الواجب إعلانها فيه ، فلما قضت محكمة الاستئناف بتأييد الحكم المستأنف ونقض هذا الحكم برمته ، أعاد المستأنف عليه دفعه هذا الموضوعى أمام محكمة الإحالة ، فدفع المستأنف بأن خصمه هذا قد قبل الحكم المنقوض فلم يطعن فيه ، ولذلك لا يكون له الحق فى أن يتمسك ببطلان الاستئناف المحكوم بصحته ، ولكن محكمة الإحالة لم تجبه إلى ما طلب . فلما رفع الأمر إلى محكمة النقض قالت : إنه ما كان على المستأنف عليه أن يطعن فى الحكم الصادر لمصلحته بتأييد الحكم المستأنف ، وإن هذا الحكم قد نقض كله فللمستأنف أن يدفع ببطلان صحيفة الاستئناف من جديد ، وإن صورة الدعوى الحالية ليست هى الصورة التى يصح القول فيها بأن الحكم المطعون فيه — إذ تضمن جزءين متميزا أحدهما عن الآخر — ينبغى اعتبار نقضه مقصور الأثر على جزئه الذى حكم بنقضه [2] .

(١) حكم ٣ مارس سنة ١٨٣٤ (س ٨٣٤ — ١ — ٢٢٠)

(٢) (د ٥٢ — ١ — ١٠١) و (س ٥٤ — ١ — ١٠٧) وراجع كذلك ن . ف ١٨ نوفبر سنة ١٨٨٤ (س ٨٦ — ١ — ٢٢١) وكاربنتييه فقرة ٥٠٥٧ . وينبغى الإشارة هنا إلى مانبهت عليه محكمة النقض الفرنسية فى حكمها هذا من أنه متى كان النقض كليا =

وللخصوم أن يسلكوا من مسالك الدفاع ما تقضى به حالة الدعوى ، مع مراعاة ظروف الأحوال التى طرأت بعد الحكم المنقوض[1] ، من تقديم أوراق ومستندات جديدة و إنكار الخطوط والطعن فى الأوراق بالتزوير وطلب إجراء التحقيق وتوجيه اليمين الحاسمة . بل لهم أن يطلبوا إحالة القضية إلى التحقيق لإثبات ما قضى الحكم المنقوض بعدم قبول طلب إثباته من وقائع الدعوى لعدم تعلقه بها[2] ، أو لسماع أقوال من رفض هذا الحكم سماع أقوالهم من الشهود[3] .

المبحث الرابع — ما يجوز لمحكمة الإحالة من مسالك الحكم ووسائله

٣٧٩ — لمحكمة الإحالة من مسالك الحكم ووسائله ما كان لها من ذلك قبل إصدار الحكم المنقوض ، و إنما يتحتم عليها أن تتبع حكم محكمة النقض فى المسألة القانونية التى فصلت فيها هذه المحكمة (الفقرة الثانية من المادة ٢٩ من القانون) .

فلها أن تسلك إلى الحكم مسالك التحقيق المعتادة من التحقيق بالبينة واستجواب الخصوم والانتقال للمعاينة والاستعانة بالخبراء وتحليف اليمين المتممة والحكم برد الأوراق و بطلانها من تلقاء نفسها ، إلى آخر ما كان يجوز لها سلوكه

= وعاما فانه يترتب على نقض الحكم المطعون فيه عودة الخصومة والخصوم إلى ما كانوا وكانت عليه قبل صدوره ، حتى لو كانت محكمة النقض تعرضت لبحث بعض وجوه الطعن ورفضتها . أما إذا كان ما حكمت برفضه من هذه الوجوه ، خاصا ببعض أجزاء الحكم المنقوض واستثنت هذه الأجزاء وأبقت الحكم المطعون فيه نافذا فيها ، فان النقض يكون جزئيا ولا يصح لمحكمة الاحالة أن تعود إلى هذه الوجوه التى حكمت محكمة النقض برفضها لتعلقها بما لم ينقض من الحكم المطعون فيه .

وراجع أيضاً ما قلناه فى فقرة ٣٣٧ من هذا الكتاب .

(١) ربرتوار دالوز فقرة ٢١٥٧ وجارسونيه ص ٧٧٠ وهامش ٨ و ع . ف ٤ أبريل سنة ١٨٩٢ (د ٩٣ — ١ — ٢٣٠) و ع . ف ٢٢ أكتوبر سنة ١٨٩٤ (س ٩٧ — ١ — ٥١٦)

(٢) جارسونيه ص ٧٧٠ هامش ١١ ، وقد أشير فيه إلى ع . ف ١٩ أبريل سنة ١٨٣٦ (ربرتوار دالوز تحت كلمة تحقيق الخطوط فقرة ٨٩)

(٣) جارسونيه ص ٧٧٠ وقد أشير فى هامش ١٢ إلى ربرتوار دالوز فقرة ٢١٥٧ وإلى حكم ع . ف أول مارس سنة ١٨١٠ .

من طرق التحقيق . بل إن لها أن تحصل فهم الواقع فى الدعوى من غير الطرق التى كانت حصلته منها من قبل [١] ، وأن تعتمد فى تحصيل فهمها على ما يكون قد قدم لها من وجوه الدفاع [٢] والأوراق والمستندات والأحكام [٣] ، وعلى ما استجد أمامها من الأقوال والاعترافات [٤] والوقائع [٥] وما طرأ على القضية من ظروف الأحوال والملابسات [٦] ، أو على عناصر التحقيق الأخر السابق تقديمها . فإذا كان الحكم المنقوض قد اعتمد على تقرير خبير الدعوى وأعماله ، مثلا ، وكان سبب نقضه أن هذه الأعمال باطلة لعدم قيام الخبير باعلان الخصوم باليوم الذى حدده لمباشرة العمل ، فإن للمحكمة أن تقضى فى الدعوى بمثل ما قضت به معتمدة على عناصر تحقيق أخر ، ولها أن ترد القضية إلى الخبير لإعادة ما ندب له ، كما أن لها أن تندب خبيراً آخر للقيام بما ندب من أجله الخبير الأول أو لإجراء عمل آخر تعينه له [٧] .

---

(١) ن . ف ٢٧ يونيه سنة ١٨٣٧ (ربرتوار دالوز تحت كلمة jugement فقرة ٢٨٩)

(٢) حكم نانسى فى ١٣ فبراير سنة ١٨٦٧ (د ٦٧ — ٢ — ٣٦)

(٣) حكم مونبليه فى ٥ فبراير سنة ١٨٨٣ (د ٨٥ — ١ — ١٢٣)

(٤) حكم نانسى فى ١٣ فبراير سنة ١٨٦٧ (د ٦٧ — ٢ — ٣٦)

(٥) ربرتوار دالوز فقرة ٢١٥٧ وجارسونيه ص ٧٧٠ وهامش ٨ وحكم ١٢ أبريل سنة ١٨٥٨ (د ٥٨ — ١ — ١٧٩)

(٦) حكم أول أغسطس سنة ١٨٨٨ (س ٩١ — ١ — ٦٦) وصورة الدعوى أن رجلا أوصى لآخر بتركة وعلق نفاذها على عدم وجود عقب لابن عمه فلان عند وفاة أخته فلانة الوارثة له ، فطالب الموصى له بتسليم الوصية واختصم فيها هذه الأخت وابن العم ، فحكمت محكمة الدرجة الأولى برفض الدعوى بالحالة التى هى عليها ، لأن الأخت لا تزال على قيد الحياة . ولما نقض الحكم الاستئنافى اصطلح الموصى له وهو المستأنف مع من كانت أوصت له تلك الأخت بتركتها هى ، فتنازل عن دعواه فى الوصية مقابل مبلغ معين أخذه من قام مقام الأخت فى الخصومة بعد وفاتها ، وطلب الطرفان إثبات الصلح بمحضر الجلسة وتنازل المستأنف عن استئنافه ، فعارض ابن العم ، فلم تأبه محكمة الاحالة لمعارضته ، فطعن فى الحكم ، فرفضت محكمة النقض طعنه الخاص بهذا الوجه ، وقالت : إن لمحكمة الإحالة أن تحكم فى الدعوى المحالة إليها مع مراعاة ما استجد فيها من الظروف والوقائع ، وأن الحكم المطعون فيه لم يخطئ فيما قضى به من إثبات تنازل المستأنف عن الاستئناف وعن الدعوى وأن لا مصلحة لابن العم من البقاء فى الدعوى بعد التنازل عنها . وراجع ن . ف ٤ أبريل سنة ١٨٩٢ (س ١٨٩٧ — ١ — ٥١٦)

(٧) ن . ف ٢٩ يوليه سنة ١٨٨٦ (د ٨٨ — ١ — ٤١)

وكذلك للمحكمة أن تخالف رأيها الأول فيما تحصله من فهم الواقع فى الدعوى فتثبت أو تنفى ما تكون قد نفتـه أو أثبتته من قبل[1] .

لهـا كل ذلك وغيره بشرط أن تتبع حكم محكمة النقض والإبرام فى المسألة القانونية التى فصلت فيها هذه المحكمة ، على ما سيأتى تفصيله فى الفصل الآتى ، و بشرط ألا تخل بحجية الشيء المحكوم به التى اكتسبها حكم النقض[2] والأحكام السابقة التى لم يطعن فيها أو لم يشملها حكم النقض .

الفصل الثالث

كيف تفصل محكمة الإحالة فى الدعوى

٣٨٠ — تتمتع محكمة الإحالة فى النظام الفرنسى المعمول به منذ سنة ١٨٣٧ بمثل ما تتمتع به محكمة الموضوع الأولى من حرية واستقلال فى الفصل فى الدعوى المحالة إليها . فهى لذلك حرة فى أن تفصل فيها كما ترى ، وليس عليها اتباع حكم محكمة النقض فى المسألة القانونية التى تكون هذه المحكمة قد فصلت فيها ، فإذا قضت فى القضية بمثل ما قضى به الحكم الأول المنقوض ثم طعن فى حكمها بالأسباب عينها التى طعن بها فى الحكم الأول اجتمعت عندئذ دوائر محكمة النقض للفصل فى

(١) ع . ف أول مارس سنة ١٨١٠ (ربرتوار دالوز فقرة ٢١٥٧ ص ٤٨١ بالهامش)

(٢) ن . م . م ٢٠ يونيه سنة ١٩٣٥ (المحاماة س ١٦ رقم ١١٥ ص ٢٧٧) . وقد قالت فيه محكمة النقض : « إن حكم النقض الصادر فى ٢٥ يناير سنة ١٩٣٤ هو حكم نهائى واجب الاحترام أكسب الشفيع حقا لا يستطيع أحد سلبه . ومهما تكن محكمة الاستئناف مصيبة فى قولها فى حكمها المطعون فيه الآن من أن محكمة النقض قد أخطأت فى حساب الميعاد وأن آخر ما امتد إليه ميعاد الشفيع هو يوم ٢٢ فبراير سنة ١٩٣١ الذى كان فى الواقع يوم عمل لا يوم ٢٣ فبراير سنة ١٩٣١ ، فان محكمة النقض لا تستطيع مجاراتها لأن قوة الشيء المحكوم به مانعة من هذا منعا باتا » .

الطعن ، ومتى أصدرت حكمها بنقض الحكم الثانى لنفس الأسباب التى نقض من أجلها الحكم الأول ، وجب حينئذ على المحكمة التى تحال إليها القضية هذه المرة أن تتبع فى حكمها حكم محكمة النقض[1] .

---

(١) كان المبدأ الأساسى فى القانون العام أن الملك وحده هو الذى يقوم بسن القانون وأن عليه بيانه وتفسيره . ولذلك كان لمجلس الأخصام — وهو شعبة من مجلس الملك خصصها الملك لنظر الطعون بما له من حق القضاء فيها باسمه مباشرة — إما أن يصدر حكمه فى المسألة القانونية المختلف عليها ، ويضع حكمه على صورة اللائحة العامة النافذة نفاذ القانون (arrêt de règlement) أو يطلب موضوع القضية ويفصل فيها . فكان يندر — لذلك — أن لا تتبع محكمة الإحالة حكم مجلس الملك فى المسألة القانونية التى فصل فيها ، وإذا خالفته ورفع الأمر إليه نقض حكمها وأبرم حكمه الأول وفصل فى الدعوى (كاربنتييه فقرة ٤١٠) .

فلما أنشئت محكمة النقض (قانون ١٦ — ٢٤ أغسطس سنة ١٧٩٠) حرم عليها التصدى للفصل فى الموضوع وإصدار الأحكام فى المسائل القانونية المختلف عليها على صورة اللوائح العامة النافذة نفاذ القانون ، بل منعت من تفسير القانون التفسير الملزم لغيرها من المحاكم الأخرى ، اعتباراً بأن التفسير هو من خصائص السلطة التشريعية (المادتان ١٠ و١٢ من ذلك القانون) وقد جعل لها الحق دائماً فى أن تطلب من المشرع إصدار قانون تفسيرى فى المسألة القانونية المطروحة عليه تتقيد به جميع المحاكم فى كل القضايا ، وكان عليها أن تسلك هذا السبيل كلما طعن أمامها فى حكم محكمة الإحالة الثانية (بعد نقض الحكم مرتين) لنفس الأسباب التى سبق الطعن بها فى حكم محكمة الموضوع الأولى وحكم محكمة الاحالة الأولى (ديكريتو أول ديسمبر سنة ١٧٩٥) .

ثم صار على محكمة النقض أن تلتجئ إلى هذا التفسير التشريعى كلما طعن أمامها فى حكم محكمة الاحالة الأولى (دستوره فريمور سنة ٨) . ثم جاء قانون ٢٧ فنتوز سنة ٨ فنص فى المادة ٧٨ منه على أنه إذا طعن فى حكم محكمة الاحالة لنفس الأسباب التى نقض من أجلها حكم محكمة الموضوع الأول فصلت دوائر محكمة النقض المجتمعة فى الطعن الثانى ، غير أنه لعدم النص فى هذا القانون على ما يكون لحكم الدوائر المجتمعة من قوة واعتبار ، ولما ظهر فى العمل من أن محكمة الاحالة كانت تصر أحياناً على عدم اتباع رأى الدوائر المجتمعة لمحكمة النقض أصدر قانون سنة ١٨٠٧ فكان ما أدخله من التعديل أنه إذا أصرت محكمة الاحالة على مخالفة حكم محكمة النقض الثانى كان لمحكمة النقض أن تطلب من الحكومة (لا من السلطة التشريعية) تفسيراً رسميا للقانون أو تحيل الأمر إلى دوائرها المجتمعة منعقدة برياسة وزير الحقانية ، فان رأت هذه المحكمة فى المسألة القانونية رأياً موافقاً للحكمين السابقين وخالفته بعد ذلك محكمة الاحالة للمرة الثالثة ، فان محكمة النقض يتعين عليها وقف نظر الطعن ريثما تصدر الحكومة لائحة بتفسير القانون على صورة اللوائح العامة الادارية (dans la forme de règle-ments d'administration publique) وهذا التفسير الحكومى أو الادارى يعتبر كالتشريع أمام جميع المحاكم (كاربنتييه فقرة ٤١٦) .

ولم تكن لمحكمة النقض فى هذه الأدوار الكلمة الأخيرة فى المسألة القانونية المختلف =

وقد نقل هذا النظام إلى القانون البلجيكي بقانون ٧ يوليه سنة ١٨٦٥ .

٣٨١ — أما الشارع المصرى فقد عاب السير على هذه الطريقة[1] ، فقال عنها فى مذكرته الايضاحية : « إنها و إن كانت قائمة على أساس منح القضاة أوفر قسط من الاستقلال ، يعيبها كثيرا أنها تؤخر أمد الفصل فى القضايا تأخيرا يزيد على الحد المعقول » ولذلك أوجب على المحكمة التى تحال إليها الدعوى منذ المرة الأولى أن تتبع حكم محكمة النقض فى المسألة القانونية التى فصلت فيها هذه المحكمة (المادة ٢٩ من القانون) .

وقد استعمل الشارع فى تأدية هذا المعنى نفس هذه العبارة التى استعملها الشارع الفرنسى فى المادة الثانية من قانون أول أبريل سنة ١٨٣٧ ، وهى :

« se conformera à la décision de la cour de cassation sur le point de droit jugé par la dite cour »

ولهذا كان علينا — عند تفهم معنى ما جاء بقانوننا من أن محكمة الإحالة

= عليها ، ولم تكن تتقيد بأحكامها أية محكمة من المحاكم ، حتى فى شأن القضية التى تكون قد أصرت على الرأى فيها المرة بعد المرة ، بل كانت الكلمة الأخيرة للسلطة التشريعية أو لمجلس الدولة .

ثم جاء قانون ٣٠ يوليه سنة ١٨٢٨ فأوجب على محكمة الموضوع التى تحال إليها الدعوى للحكم فيها للمرة الثالثة (بعد نقض الحكم الثانى الصادر من الدوائر المجتمعة) أن تجتمع دوائرها هى الأخرى ، حتى إذا أصرت على الرأى المخالف للمبدإ المقرر من محكمة النقض والابرام وأقرت مارأته محكمتا الموضوع السابقتان كان حكمها الكلمة الأخيرة فى الخلاف وامتنع الطعن فيه أمام محكمة النقض لنفس الأسباب التى سبق الطعن من أجلها فى الحكمين السابقين . وبهذا النظام كانت الغلبة فى النهاية لمحاكم الاستئناف على محكمة النقض . ولذلك عدل عنه إلى النظام الحالى بقانون أول أبريل سنة ١٨٣٧ المشار إليه فى المتن (جارسونيه جزء أول بند ٩٢ ودلاجراسى ص ٤٥ و ٤٦ وكاربنتييه من فقرة ٤١٠ لغاية ٤١٨ هامش ١ وشويفن فقرة ٣٦٤) .

(١) وقد عيبت هذه الطريقة فى فرنسا ، فما قيل فيها إنها تغرى المحاكم بمخالفة محكمة النقض فيما تقرره دوائرها المختلفة من المبادىء القانونية ، وتلزم قضاتها مجتمعين باعادة النظر فى هذه المبادىء ، وللأستاذ دلاجراسى جملتان بليغتان أولاهما أن الدائرة الواحدة من دوائر محكمة النقض لا تقرر رأيا فى القانون إلا وهى ترتجف لا تدرى ماذا يكون مصيره إذا أصرت المحاكم على مخالفته ، وثانيهما أن محكمة النقض لا تستطيع إلزام المحاكم باتباع رأيها إلا بعد أن تحشد كل قواها بعقد دوائرها المجتمعة (دلاجراسى ص ٤٥ — ٤٦)

يجب عليها أن تتبع حكم محكمة النقض فى المسألة القانونية التى فصلت فيها هذه المحكمة و إلا وقع حكمها مخالفاً للقانون متعين النقض — أن نعتمد على ما أعطى من معنى لمثل ما جاء من ذلك فى القانون الفرنسى إذا خالفت محكمة الإحالة الأولى رأى محكمة النقض ووجب عرض الطعن فى حكمها حينئذ على الدوائر المجتمعة لا على الدائره المدنية وحدها .

قال فاى إنه يجب تقديم الطعن للدوائر المجتمعة رفعاً للخلاف بين حكم دائرة محكمة النقض الأول والحكمين الصادرين من محكمتى الموضوع ومحكمة الإحالة متى كان بين الحكمين اتحاد فى السبب والخصوم وصفاتهم وفى وجوه دفاعهم ، وكان مذهب حكم محكمة الإحالة القائم هو عليه مخالفا لمذهب حكم محكمة النقض الأول الذى بنى على أساسه نقض حكم محكمة الموضوع الأول[1] :

Il faut qu'il y ait identitè de cause, des parties, de qualité et de moyens. Il faut que la doctrine professée par l'arrêt attaqué et qui lui sert de base soit en contradiction manifeste avec celle qui a été adopteé par la cour de cassation et qui a motivé l'annulation du premier jugement.

و إذن فكل الذى حرمه القانون على محكمة الإحالة إنما هو مخالفة رأى محكمة النقض فى المسألة التى تكون فصلت فيها واكتسب الحكم قوة الشىء المحكوم به .

أما غير ذلك من الحكم فى الدعوى على خلاف اتجاه حكم محكمة النقض أو بالموافقة للحكم الأول المنقوض فلا خلاف فى جوازه ، لأنه ما دام يترتب على نقض الحكم المطعون فيه اعتباره كأن لم يكن ورجوع الخصومة والخصوم إلى ما كانت وكانوا عليه قبل صدوره ، وما دام للخصوم أن يسلكوا أمام محكمة

(١) فاى ص ٣١٤ وانظر كذلك كاربنتيه فقرة ٥١٧٩ ون . ف ١٨ يوليه سنة ١٨٢٧ (س ١٨٢٧) و٥ ديسمبر سنة ١٨٣٦ (س٨٣٧ — ١ — ٣٣) و٣١ يناير سنة ١٨٤٣ (س ٤٣ — ١ — ٦١٦) وكاربنتيه فقرة ٥١٧٦ و ن . ف ٢٦ نوفبر سنة ١٨٩٠ (س ١٨٩١ — ١ — ٢٠٤)

الإحالة من مسالك الطلب والدفع والدفاع ما يريدون ، وما دام لهذه المحكمة من مسالك التحقيق والحكم ما لمحكمة الموضوع الأولى من هذه المسالك ، ما دام كل ذلك يترتب على نقض الحكم ، فلا مناص من أن يكون لمحكمة الإحالة الحق فى أن تبنى حكمها على فهم جديد لواقع الدعوى تحصله حرة من جميع عناصر التحقيق ، أو على توجيهات قانونية أخر يقتضيها هذا الفهم غير التى جاءت بالحكم المطعون فيه واستوجبت نقضه . لا مناص من هذا ، كما لا مناص من أن يكون حكم محكمة الإحالة خاضعاً لرقابة محكمة النقض متى طعن فيه .

وللمستشار فاى تعبير آخر عن هذا المعنى محصله أن محكمة الإحالة لا تكون بغير ذلك حرة فى تقليب الدعوى على سائر وجوهها ، وأن محكمة النقض مع ذلك يندر أن تبحث غير الوجه الذى تكون قد بنت عليه نقض الحكم . بل إنها فى الغالب تترك بحث جميع الأوجه الأخر لتبقى المسائل المتعلقة بها بكراً أمام محكمة الإحالة ، ولذلك فهى لا تقضى برفض وجه طعن إلا إذا كان يترتب على رفضه نفاذ الحكم المطعون فيه فى بعض أجزائه[1] .

ولن يكمل لك فهم ما قلنا إلا إذا ضربنا فيه مثلا وقدمنا لك مثلا آخر من قضاء محكمة النقض الفرنسية .

أما مثلنا فهذا هو : افرض أن المسألة القانونية التى فصلت فيها محكمة النقض ونقضت على موجبها حكم محكمة الموضوع الأول هى عدم جواز الاثبات بالبينة فى الدعوى ، فمحكمة الاحالة لها أن تعتمد على ورقة صادرة من الخصم تعتبرها مبدأ ثبوت بالكتابة وتقضى فى الدعوى وفق ما حكمت به محكمة الموضوع أولا ، ولا يكون حكمها حينئذ مخالفاً لمذهب حكم محكمة النقض ، ولكنه يكون مع ذلك خاضعاً لرقابتها .

أما ما اخترناه من قضاء محكمة النقض الفرنسية فتتلخص قضيته فى أن :

---

(١) فقرة ٢٧٦ ص ٣٠٩ هامش ٧

(ا) كان مديناً لـ (ب) ولـ (جـ) وكان (جـ) صاحب حق امتياز على مصنع اشتراه المدين منه . باع المدين بعض عقاراته واتفق مع المشترى ودائنيه هو على أن يدفع المشترى الثمن لـ (جـ) فيحل (جـ) الدائن (ب) محل نفسه فى دينه الممتاز . سلم المشترى الثمن لوكيله (هـ) وسلم هذا الوكيل الثمن لـ (جـ) وأخذ منه وصلا يعترف فيه بالقبض ، ووكل (جـ) (هـ) فى تحرير عقد الإحلال لـ (ب) ثم حرر الوكيل العقد الرسمى بالدفع والإحلال على الوجه المتفق عليه . ولما بيع المصنع جبراً على صاحبه وفتح توزيع ثمنه طلب (ب) بصفته حالا محل (جـ) تخصيص نفسه بالثمن فنازعت زوجة المدين ، وقد كانت تعيش منفصلة الأموال عن الزوج ، زاعمة أن وصل دفع الثمن إذ يتضمن الدفع من المشترى لصاحب الامتياز على المصنع ، فبهذا الدفع قد سقط الدين الممتاز فلا يستطيع أن يحل (جـ) الدائن (ب) محل نفسه فى الامتياز الذى أحله المشترى فيه إحلالا قانونيا ، وأجاب (ب) بأن الدفع الحاصل من المشترى لـ (جـ) كان لحسابه هو وعلى نية أن يحله (جـ) محله فيه ، وأن العقد الرسمى المثبت لهذا الاحلال لا يمكن فصله فى النظر عن الوصل المتقدم الذكر ، فحكمت محكمة الدرجة الأولى والثانية برفض منازعة الزوجة ، فطعنت الزوجة فى الحكم الاستئنافى بأنه قد خالف نص المادة ١٢٥٠ من القانون المدنى التى تقضى بوجوب وقوع الدفع والإحلال معاً ، وأن الوصل مهما دل على نية إيقاع الإحلال فالإحلال لم يقع فعلا إلا عند تحرير العقد الرسمى فنقضت محكمة النقض هذا الحكم لهذا السبب[1] . وأمام محكمة الإحالة تمسك (ب) بعدم جواز الاحتجاج عليه بوصل دفع الدين المتقدم الذكر لأنه ورقة عرفية لم يصبح لها تاريخ ثابت رسميا إلا من تاريخ العقد الرسمى ، وأن العقد الرسمى المثبت لإيقاع الدفع والحلول معاً هو الذى يصح الاحتجاج به عليه . فأخذت محكمة الإحالة بهذا الوجه من الدفاع وصحت الإحلال للدائن (ب) فاعتبرته دائناً ممتازاً

(١) بحكم ٣٠ يوليه سنة ١٨٣٨ (س ٣٨ — ١ — ٦٧٣)

ورفضت مناقضة الزوجة . فطعنت الزوجة فى هذا الحكم زاعمة أنه خالف نص المـادة ١٢٥٠ كما خالفها الحكم الأول المنقوض وطلبت لذلك من الدائرة المدنية لمحكمة النقض إحالة الطعن على الدوائر المجتمعة فرفضت المحكمة طلبها هذا وقالت فى حكمها : إن الطعن الأول كان قوامه مخالفة الحكم المطعون فيه لنص المـادة ١٢٥٠ على ما سبق ذكره ، فلما نقض الحكم وأحيلت القضية إلى محكمة الإحالة تمسك الدائن بأن الوصل لم يكن له تاريخ ثابت رسميا ، فبحثت محكمة الإحالة فى هذا الوجه ، ولما تبينت صحته أصدرت الحكم المطعون فيه . ثم قالت وظاهر أن هذه المسألة القانونية لم تبحثها محكمة الاستئناف الأولى ، ولم تمسها محكمة النقض بحكمها الأول ، فاختلف وجه الطعن فى هذه المرة الثانية عن وجه الطعن فى المرة الأولى وصار لا محل لإحالة الطعن على الدوائر المجتمعة [1] .

هذا ولا خوف من تكرر الطعن فى حكم محكمة الإحالة لغير الأسباب التى بنى عليها نقض الحكم الأول ، لأنه لم يقع إلا نادراً ، ولئن وقع فمحكمة النقض تستطيع — بما أعطيت من حق الفصل فى موضوع الدعوى — أن تنهى الخصومة عند الحكم بالنقض .

---

(١) ن . ف ٣١ يناير سنة ١٨٤٣ (س ٤٣ — ١ — ٦١٦)

الباب الرابع

كيف تحكم محكمة النقض فى موضوع الدعوى

٣٨٢ — قد بينا من قبل الصور التى تقتصر فيها محكمة النقض على نقض الحكم المطعون فيه والصور التى تحكم فيها بالنقض والاحالة ، وما الذى يدخل فى ولاية محكمة الإحالة ، وما للخصوم أن يسلكوه أمامها من مسالك الطلب والدفع والدفاع ، وما للمحكمة الاحالة من مسالك الحكم ووسائله فيما أحيل إليها الفصل فيه ، ثم بينا الصور الأخرى التى يجوز فيها للمحكمة النقض استبقاء ما لم يحسمه حكمها من مسائل الدعوى لتحكم فيه بغير إحالة ، ولم يبق علينا إلا البحث فيما يكون للخصوم أن يسلكوه أمام محكمة النقض من مسالك الطلب والدفع ووجوه الدفاع ، وفيما يجوز لها هى أن تسلكه من مسالك التحقيق والحكم : أيكون لهم ما كان لهم من ذلك أمام محكمة الاحالة ؟ وهل يكون لها هى ما يكون للمحكمة الإحالة ؟ أو يكون لها ولهم من ذلك بعضه دون بعض ؟

٣٨٣ — أما أن الخصوم يختلف مركزهم أمام محكمة النقض بالنسبة لموضوع الدعوى عن مركزهم أمام محكمة الإحالة ، فما لا يحتمل الشك . ذلك لأنهم من جهة لا يتناولون فى مرافعتهم الشفوية والتحريرية أمام محكمة النقض إلا أسباب الطعون وأسباب دفعها ، ولأن هذه المحكمة — من جهة أخرى — متى حكمت بنقض الحكم المطعون فيه لا تفتح لهم باب المرافعة فى الموضوع للتكلم فيه بجلسة أخرى ، وإنما تقضى فى الأمرين بحكم واحد . وبذلك لا يتيسر لهم إبداء طلبات أو دفوع أو أوجه دفاع جديدة كما كان يتيسر لهم ذلك أمام محكمة الإحالة على ما سبق تفصيله . غير أنه لا مانع يمنع الطاعن من أن يطلب الحكم فى

الموضوع على ما تمحض إليه طلباته فيه على اعتبار أن طعنه سيقبل وسوف تحكم له المحكمة بنقض الحكم المطعون فيه . وكذلك لا مانع يمنع المدعى عليه فى الطعن من أن يطلب احتياطيا الحكم بالإحالة وعدم الحكم فى الموضوع بحجة أنه كانت له فيه وجوه دفاع معينة لم تر محكمة الموضوع الأخذ بها اكتفاء بما أخذت به أو أن له وجوه دفاع جديدة سيعرضها على محكمة الإحالة عند نظر الدعوى على أساس جديد . ولكن مثل هذا الطلب لا يقيد محكمة النقض ، فكما أن لها أن تمتنع عن الحكم فى الموضوع خوف الإخلال بحق الدفاع ، فان لها أن تستبقيه أمامها متى تبين لها أنها تستطيع بحث هذا الدفاع الجديد والفصل فيه وفى الدعوى بحكم واحد[(١)]. على أن طلب الطاعن الحكم فى الموضوع لم يجعله الشارع شرطا لاتصال محكمة النقض به ، فالفقرة الأخيرة من المادة ٢٩ لا تشترط لجواز الفصل فى موضوع الدعوى إلا أن يكون صالحا للحكم .

٣٨٤ — أما أن محكمة النقض يكون لها فى موضوع الدعوى ما يكون لمحكمة الإحالة من مسالك التحقيق والحكم ، فلا يمكن القول به باطلاق ، لأن من هذه المسالك ما لا يلائم وظائف محكمة النقض كالتحقيق بالبينة والانتقال والمعاينة واستجواب الخصوم وندب الخبراء ، ومنها ما لا يتنافى مع القيام بهذه الوظائف كالاطلاع على المستندات والأخذ بها فى حدود حجيتها . والظاهر أن القانون — إذ اشترط للفصل فى موضوع الدعوى فى حالة نقض الحكم لمخالفة القانون أو للخطأ فى تطبيقه أو فى تأويله أن تكون الدعوى صالحة للفصل — قد أشار إلى الدعوى المهيأة للحكم التى لا تحتاج إلى إجراءات تحقيق جديدة . وإذ كان الأمر كذلك وكان على محكمة النقض أن تفصل فى الطعن وفى موضوع الدعوى بحكم واحد ، فهى بالضرورة لا تستطيع أن تسلك فى الدعوى أى مسلك من

---

(١) ن . م . م ١٥ نوفبر سنة ١٩٣٤ (القانون والاقتصاد س ٥ رقم ٥ ص ٧ والمحاماة س ١٥ ق ١ رقم ٧٨ ص ١٥٥ ومج س ٣٥ عد ٢٣٦ ص ٥٩٢)

مسالك التحقيق يؤخرها عن هذا الفصل بهذه الطريقة .

ولقد تساءلنا فى مقالنا « محكمة النقض » عما إذا كان يكفى محكمة النقض لجواز تصديها للفصل فى موضوع الدعوى أن يكون صالحاً لهذا الفصل بالمعنى المتقدم الذكر ، أم أنه يجب فضلا عن ذلك ألا يستلزم هذا الفصل التعرض لتقدير الوقائع ، وأن يكون عملها مقصوراً على مجرد تطبيق القانون على الوقائع الثابتة فى الحكم المنقوض . وقد افترضنا إيضاحاً لهذا السؤال أن المحكمة الابتدائية حكمت بإحالة الدعوى إلى التحقيق ليثبت المدعى دعواه بالبينة ، ثم قضت له بطلباته ، ثم استؤنف الحكم وقضت محكمة الاستئناف بإلغائه و برفض الدعوى لعدم جواز الإثبات بالبينة ، ثم رأت محكمة النقض جواز الإثبات بالبينة ، واعتزمت نقض الحكم المطعون فيه لهذا الخطأ فى تطبيق القانون . تساءلنا : أيجوز لمحكمة النقض أن تحكم فى مثل هذه الدعوى بما تستخلصه هى من أقوال الشهود وما تستنتجه من القرائن ، أم تعتبر الدعوى غير صالحة للحكم مفتقرة إلى تقدير وقائعها وتحصيل فهم الواقع فيها مما يتعين معه إحالتها إلى محكمة الاستئناف لتحكم فيها من جديد .

لقد تساءلنا عن ذلك فقلنا إنه قد يقال ، من جهة ، إن محكمة النقض تملك الحكم فى الدعوى ما دام حقها فى التصدى للموضوع غير مقيد بوجوب الاقتصار على تطبيق القانون على الوقائع و إن الشارع — وقد أباح لها الحكم فى الدعوى — لم يجعل وظيفتها مقصورة على الحكم فى المسألة القانونية حتى يصح الاعتراض بأنها ممنوعة بطبيعة وظيفتها من التعرض للوقائع إطلاقاً ، و إنه يجب « فهم صلاحية الدعوى للحكم » بمعنى واحد فى باب الاستئناف والنقض ، و إن الاعتبارات العملية التى لاحظها المشرع فى السماح لمحكمة النقض بالتصدى لموضوع الدعوى تأبى التفرقة بين أن يقتضى الحكم فى الموضوع تقدير الوقائع من جديد ، و بين أن لا يستلزم غير مجرد تطبيق القانون . ثم قلنا إنه قد يقال ، من

جهة أخرى ، إن محكمة النقض لا وظيفة لها إلا الفصل فى المسائل القانونية ، و إن تقدير الوقائع والحكم فيها هو عمل المحاكم العادية ، و إن القانون إذا كان قد أباح لمحكمة النقض طلب الدعوى والحكم فيها فى بعض الأحوال ، فإنه يجب ألا يمتد حقها فى ذلك إلى الصور التى يقتضى فيها الفصل فى الموضوع الخروج عن وظيفتها الطبيعية والقيام بما هو من وظيفة غيرها ، بل يجب أن يكون حقها فى التصدى مقصوراً على الصور التى لا يستلزم فيها الفصل فى الموضوع غير مجرد تصحيح الحكم المطعون فيه ، فتطبق القانون على الوقائع الثابتة به تجنباً لعبث الإحالة إلى محكمة الموضوع . ثم قلنا إنه كذلك قد يحتج بأن تحريم التصدى للموضوع فى حالة نقض الحكم لوقوع بطلان جوهرى ، فيه دليل قاطع على أن المشرع قصد ألاّ تعتمد محكمة النقض والإبرام فى الحكم فى الموضوع إلا على ما يكون ثابتاً من الوقائع بنفس الحكم المطعون فيه ، وألا تذهب فى بحثها إلى ما وراء ما هو ثابت بهذا الحكم .

قلنا هذا ولم نمل إلى رأى بعينه من هذين الرأيين منتظرين ما ترجحه محكمة النقض .

٣٨٥ — والآن وقد تصفحنا أحكام محكمة النقض التى فصلت بها فى موضوعات القضايا ، نستطيع القول بأنها تذهب إلى تحصيل فهم الواقع فى الدعوى من الأوراق والمستندات ، ثم تكييف هذا الواقع على مقتضى القاعدة القانونية التى أخذت بها فى نقض الحكم ، متى كان الأمر سهلا لا يفتقر إلى غير الرجوع إلى ملف الدعوى الموجود أمامها .

اعتبر فى ذلك بحكم أصدرته فى ٢٢ يونيه سنة ١٩٣٢ ، وقد كان موضوع القضية أن مالك منزل مجاور لمحطة من محطات سكة حديدية ادعى أن له حق المرور من أرض تملكها الحكومة أمام المحطة ، وأجابت الحكومة بأن الأرض من حرم المحطة ، فهى من الأملاك العامة التى لا تملك بالتقادم . فحكمت

محكمة الدرجة الأولى برفض الدعوى اعتماداً على ما ثبت من تقرير خبير الدعوى من أن أرض النزاع داخلة فى حدود المحطة المبينة بخريطة المساحة المرسومة سنة ١٩١٤ . والمحكمة الاستئنافية ألغت هذا الحكم وقضت للمدعى بطلباته بناء على ما استظهرته من تقرير الخبير والتحقيق الذى أجراه من أن القطعة المتنازع على حق المرور فيها غير مخصصة للمنفعة العامة ، وعلى عدم تقديم وزارة المواصلات ما يثبت أن هذه القطعة قد آلت للمنفعة العامة بطريقة قانونية . طعن فى هذا الحكم فنقضته محكمة النقض لمخالفته للمادة التاسعة من القانون المدنى من قبل ما جاء فيه من وجوب استصدار مرسوم بقانون لإخراج الأرض من الأملاك الخاصة وإدخالها فى الأملاك العامة ، مع أن القانون يكتفى فى اعتبارها من هذه الأملاك بتخصيصها بالفعل لمنفعة عامة . وإذ رأت محكمة النقض أن القضية بعد ذلك صالحة للحكم فى موضوعها راجعت تقرير الخبير والرسم الملحق به المقدمين لها والخريطة المرسومة فى سنة ١٩١٤ ، ولاحظت أن الأرض جميعها سورتها مصلحة السكة الحديدية من جميع جهاتها وأن القطعة المتنازع عليها واقعة بين شريط السكة الحديدية ومساكن عمال الدريسة ، فحصلت فهم الواقع فى الدعوى من هذه الدلائل التى كانت مقدمة لمحكمة الاستئناف ، ثم كيفت هذا الحاصل بكيفه القانونى فاعتبرت الأرض من الأملاك العامة ، ثم قضت فى الموضوع بتأييد الحكم المستأنف[1] .

واعتبر كذلك بحكم آخر أصدرته فى ١٥ فبراير سنة ١٩٣٥ . وقد كانت القضية قضية تعويض رفعها ورثة أحد العمال على مصلحة السكة الحديدية مدعين عليها أنها مسئولة عما أصاب مورثهم من حادث وقع له على أساس نظرية مسئولية المخاطر وعلى أساس نظرية المسئولية التقصيرية . ومحكمة الاستئناف حكمت

---

(١) ن . م . م ٢٣ يونيه سنة ١٩٣٢ (المحاماة س ١٣ رقم ١٢٣ ص ٢٧٧ ومج س ٣٣ رقم ٢١١ ص ٤٣٤)

فيها بالتعويض على أساس النظرية الأولى . فلما نقضت محكمة النقض الحكم الاستئنافى قالت فى أسباب حكمها — بعدأن بينت خطأ الحكم فى تأسيسه على نظرية المخاطر — إن المطعون ضدها (زوجة العامل) كانت قد تمسكت لدى محكمة الاستئناف بمسئولية الحكومة أيضاً عن حادثة وفاة مورثها مسئولية ناشئة عما ادعته من خطأ الحكومة إذ سلمت لمورثها عصا من خشب (نبوت) للاستعانة بها على تأدية خدمته من فصل العربات أو ربطها ، وأن هذه العصا لم تتحمل الاستعمال فانكسرت وترتب على انكسارها سقوط مورثها تحت القطار ووفاته ، وأن الحكومة مسئولة عن وهن هذه العصا لأنه كان من الواجب عليها أن تعطيه عصا من حديد لتحتمل تلك العملية . ثم قالت : « إن وكيلها لدى محكمة النقض طلب احتياطيا الحكم بإعادة الدعوى لمحكمة الاستئناف لتبحث مسئولية الحكومة المترتبة على هذا الخطأ ، إذ الحكم المطعون فيه لم يتعرض لهذه المسألة ولم يشر إليها بشى . . . . وحيث إن محكمة النقض لا ترى محلا لاعادة الدعوى لمحكمة الاستئناف لتبحث هذه المسألة إذ العناصر الموجودة فى الدعوى كافية لأن تقضى فيها موضوعا » ثم بحثت فى هذا الادعاء وقررت أنه لا مسئولية فيه على الحكومة ، ولذلك نقضت الحكم ورفضت دعوى التعويض على الأساسين [1] .

والظاهر من مطالعة كثير من الأحكام أن محكمة النقض تبذل جهدا كبيرا فيما ترى الفصل فيه من القضايا ، فتحصل من جديد فهم الواقع من الأوراق والمستندات التى كانت مقدمة لمحكمة الاستئناف ، ثم تفصل فى الدعوى كفصل محكمة الاستئناف إما بتأييد الحكم المستأنف أو بإلغائه أو بتعديله ، وتكتب فى ذلك أحكاما مسهبة . اعتبر فى ذلك بحكم أصدرته فى ٧ ديسمبر سنة

(١) ن . م . م ١٥ نوفمبر سنة ١٩٣٤ (القانون والاقتصاد س ٥ رقم ٥ والمحاماة س ١٥ ق ١ رقم ٧٨ ص ١٥٥ ومج س ٣٥ عدد ٢٣٦ ص ٥٩٢)

١٩٣٣ فى الطعن رقم ٢٩ سنة ٣ (لم ينشر هذا الحكم) وكان نصه : « حكمت المحكمة بنقض الحكم المطعون فيه بالنسبة لما قضى به من إلزام المجلس البلدى بدفع أجرة المنزل الصغير مليم جنيه عن المدة من . . . . لغاية . . . . وكذلك بالنسبة لما قضى به من إلزام المجلس البلدى بدفع مليم جنيه أجرة المنزل الكبير فى المدة من . . . . إلى . . . . وبإلغاء الحكم الابتدائى فى ذلك ورفض دعوى الوقف بخصوص هذه المبالغ . . . » واعتبر كذلك بحكم آخر أصدرته فى ٢٢ مارس سنة ١٩٣٤ نصه : « حكمت المحكمة بنقض الحكم المطعون فيه فيما قضى به من رفض الدفع لسبق الفصل فى الدعوى بحكم ٢٤ مايو سنة ١٩٣٢ وفى موضوع الاستئناف : أولاً — بقبول هذا الدفع وبعدم قبول دعوى الشيخ على عمر على المستأنف فيما جاء بها على خلاف حكم ٢٤ مايو سنة ١٩٣٢ المذكور القاضى باعتبار دين الشيخ على عمر على المترتب له على بطلان التصرف الصادر له من مرسى افندى سليمان صوريا لا حقيقة له فى علاقته مع الطاعنات وبعدم أحقيته فى أن يزاحمهن بدينه هذا عند اقتضاء دينهن المحكوم لهن به وملحقاته من ثمن الأرض المحكوم بابطال التصرف فيها ومن غلتها . وثانياً — بعدم نفاذ الحجز التحفظى الذى أوقعه الشيخ على عمر تحت يد الحارس القضائى فيما يختص به وبمنعه من اتخاذ أية وسيلة من وسائل التنفيذ على تلك العين وثمرتها وغلتها قبل أن تستوفى السيدات الطاعنات كامل دينهن المحكوم لهن به ضد مرسى افندى سليمان وملحقاته وألزمت المدعى عليه بمصاريف الطعن[1] وبمصاريف تدخل الطاعنات فى الدعوى أمام المحكمتين الابتدائية والاستئنافية » .

ويظهر من مطالعة هذين الحكمين وأمثالهما أن المحكمة تبذل فى الفصل فى موضوعات الدعاوى جهداً كبيراً كان أولى بها أن تدخره لنفسها ، ولكن

(١) ن . م . م ٢٢ مارس سنة ١٩٣٤ (القانون والاقتصاد س ٤ رقم ٣٩ والمحاماة س ١٤ ق ١ رقم ١٥٦ ص ٣٧٢) .

حرصها على إنهاء الفصل فى المنازعات بما يحسمها هو الذى حملها على ذلك .

غير أنها كثيراً ما امتنعت عن الفصل فى موضوع الدعوى حيث يكون الفصل فيه سهلا ، وتكون علة هذا الامتناع عدم وجود بعض الأوراق الضرورية لهذا الفصل فى ملف الدعوى ، أو خوف الإخلال بحق دفاع المدعى عليه فى الطعن . ومن أمثلة ذلك أنها امتنعت عن الحكم فى موضوع الدعوى بتأييد الحكم المستأنف لأن الطاعن لم يكن قد قدم لها هذا الحكم[1] ، كما امتنعت عن الحكم بتأييد الحكم المستأنف بعد أن قضت بصحة الورقتين المنكورتين وذلك لاحتمال الطعن فيهما بالتزوير من المدعى عليه أمام محكمة الإحالة[2] .

و بعد ، فلعل الصواب أن تتقبل محكمة النقض من الحكم المطعون فيه حاصل فهم الواقع فى الدعوى ، إلا إذا كان ما أثبته الحكم يناقض أوراق المرافعات والمستندات المقدمة لها ، أو يرتكز على أدلة غير مقبولة قانوناً ، أو يكون الحكم فى الدعوى على ما تمحضت إليه بحكم النقض مفتقراً إلى تحصيل فهم جديد ، فانه يكون لها عندئذ أن تصحح ذلك الفهم أو تكمله على ضوء تلك الأوراق والمستندات بالحذف والتعديل والزيادة وأن تستبدل به فهما آخر ، ما دام ذلك مستطاعا بأهون سعى و بمجرد اطلاعها على قضية الطعن الموجودة أمامها و بغير اتخاذ إجراءات أخرى . فان احتاج الأمر إلى إجراءات جديدة من اطلاع وتحقيق فانها تقضى عندئذ باحالة الدعوى إلى المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه . أما تكييف فهم الواقع بحكم القانون أو بحكم العقد فان حق محكمة النقض فيه لا يقبل تقييداً ما[3] .

---

(١) ن . م . م ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣١ (المحاماة س ١٢ ص ٧٢٤ رقم ٣٥٦)

(٢) ن . م . م ٢٦ أبريل سنة ١٩٣٤ (القانون والاقتصاد س ٤ رقم ٤٠)

(٣) ويوشك أن يكون هذا هو ما نص عليه فى المواد ٨٠ و ٨١ و ٨٢ و ٨٤ و ٨٩ من قانون الاتحاد السويسرى الصادر فى ٢٢ مارس سنة ١٨٩٣ منظما لحق محكمة النقض فى الفصل فى الموضوع عند نقض الحكم المطعون فيه . وقد نقل ولاجراسى هذه المواد فى كتابه (ص ٥٠ و ٥١) وهى :

وإذا صح هذا الرأى وأخذنا به فى صورة الدعوى التى استعرضناها هنا وفى مقالنا الذى نشرناه بمجلة القانون والاقتصاد كان لنا أن نقول إن لمحكمة النقض — بعد أن ترى جواز الإثبات بالبينة — أن تحصل فهم الواقع فى الدعوى من جميع عناصرها (محضر التحقيق وحكم محكمة الدرجة الأولى وغير ذلك) ثم تحكم بتأييد الحكم المستأنف.

= Art 80. Il ne peut être allégué des faits nouveaux devant le Tribunal Fédéral, ni presenté des conclusions, exceptions, designations et moyens de fonds nouveaux.

Art 81. Le Tribunal Fédéral doit admettre comme constants les faits, tels qu'ils ont été constaté par l'instance cantonale à moins que les constatations d'un fait ne soit en contradiction avec les pièces du procès ou qu'elles ne reposent sur une appréciation des preuves contraires aux dispositions légales fédérales.

Art. 82. S'il ya lieu de réctifier ou de compléter les constatations faites par le tribunal cantonal, le Tribunal Fédéral, les réctifie ou les complète lui-même pour tant que cela lui est possible sur le vue du dossier. lorsque pour établir un fait, il est nécéssaire de compléter le dossier, le Tribunal Fédéral annule le jugement dont est recours, par décision motivée et renvoie la cause devant le tribunal cantonal pour compléter le dossier et statuer à nouveau.

فهرس تحليلي

فهرس تحليلى
مفصل لموضوعات الكتاب

فقـــرة　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　صفحة

مدخل الكتاب

الباب الأول

فى التعريف بوظيفة محكمة النقض

الباب الثانى

فى تاريخ نظام النقض فى مصر وفى فرنسا

(١) فى مصر

(ب) فى فرنسا

الباب الثالث

فى نظام محكمة النقض والإبرام المصرية

الفصل الأول

فى تشكيل محكمة النقض والإبرام

فقـــرة — صفحة

الفصل الثانى

فى مستشارى محكمة النقض

الفصل الثالث

فى وظيفة النيابة العمومية أمام محكمة النقض

الفصل الرابع

فى المحامين أمام محكمة النقض

الفصل الخامس

فى وظائف محكمة النقض الثانوية

فقرة صفحة

الكتاب الأول
فى حالات الطعن

الباب الأول
فى حالات الطعن على الجملة

الفصل الأول
فى حصر هذه الحالات وتبيانها وذكر الكليات المتعلقة بها

الفصل الثانى
ما المراد بكلمة القانون

فقـــرة		صفحة
١١	ما اعتبر من القانون على حساب الأمر الملكى رقم ١١٨ سنة ٩٣٥ الصادر بإعادة دستور سنة ١٩٢٣	٧٨
١٢	خلاصة ما تقـدم	٧٨
١٣	الشريعة الاسلاميـة	٧٩
	— ماتعتبر فيه الشريعة الاسلامية أنها جزء من القانون	٧٩
١٤	— خضوع قاضى الدعوى فيما يراه فى تطبيقها وتأويلها لرقابة محكمة النقض	٨٠
١٥	— حكم ما أخذه الشارع من أحكام الشريعة وأدمجه فى القوانين	٨١
١٦	العرف	٨٢
	— التفريق بين العرف والعادة الاتفاقية	٨٢
١٧	— حكمهما من حيث خضوع رأى قاضى الدعوى فيهما لرقابة محكمة النقض وبيان رأى الفقهـاء وقضاء محكمة النقض الفرنسية وما نراه فى ذلك	٨٣
١٨	جوامع الـكلم الفقهية والأصولية	٨٧
١٩	آراء الفقهاء وأحكام المحاكم	٩١
٢٠	قواعد العدل ومبادئ القانون الطبيعى	٩٢
٢١	— مذهب الفقه والقضاء الفرنسيين	٩٣
٢٢	— ما رأيناه فى مصر	٩٦
٢٣	المعـاهدات	١٠٦
٢٤	القوانين المختلطة	١٠٨
٢٥	الشرائع الدينية والملية	١١٠
٢٦	القوانين الأجنبية	١١٤
٢٧	— رأى الفقه والقضاء فى فرنسا	١١٦
٢٨ — ٢٩	— ما نراه فى مصر	١٢٣

فقـــرة صفحة

الفصل الثالث

ما هو الخطأ فى فهم الواقع ، وما هو الخطأ فى فهم حكم القانون فى هذا الواقع ، ونظرية التمييز بينهما

الفرع الأول

فى نشاط قاضى الدعوى فى فهم الواقع ومتى يكون خطؤه فيه واقعيا ومتى يكون قانونيا

١ — فهم الواقع عمل منطقى صرف لا تراقبه محكمة النقض

٢ — عدم اتباع قواعد الاثبات وطرق التحقيق هو خطأ فى القانون

الفصل الرابع

ما يقبل وما لا يقبل من الأسباب أمام محكمة النقض

الفرع الاول

ما يعتبر أسباباً جديدة

فقـــرة صفحة

الفرع الثانى

ما يشترط فى السبب المقبول

الأسباب القانونية الجديدة

أسباب النظام العام

الفرع الثالث

عدم جواز تمسك المدعى عليه فى الطعن بالأسباب الجديدة

الفرع الرابع

كيف تتحقق محكمة النقض من توافر شروط القبول فى أسباب الطعن

فقـــرة صفحة

الباب الثانى

فى حالات الطعن على التفصيل

الفصل الأول

فى الطعن بمخالفة القانون أو بالخطأ فى تطبيقه أو فى تأويله

الفرع الأول

فى معنى مخالفة القانون والخطأ فى تطبيقه وفى تأويله

الفرع الثانى

فى شروط الطعن بمخالفة القانون

فقـــرة   صفحة

الكتاب الثانى

فى أركان الطعن وشروطه وآثاره

الباب الأول

فى الأحكام التى يجوز الطعن فيها

الفصل الأول

فى بيان هذه الأحكام بالجملة

الفصل الثانى

فيما يجب توافره فى الأحكام من الشروط العامة لجواز الطعن فيها بطريق النقض

ا — كون المطعون فيه حكما

الباب الثالث

فى الخصوم أمام محكمة النقض

الفصل الأول

فيمن يقبل منه الطعن

فقـــرة | صفحة

الفرع الخامس

فى المرافعة الشفوية وحضور الأخصام بالجلسة وإصدار الحكم

الفصل الثانى

فى الدفوع والمسائل الفرعية أمام محكمة النقض

الفصل الثالث

فى آثار الطعن بطريق النقض

فقــرة صفحة

الكتاب الثالث

الأحكام التى تصدرها محكمة النقض

وآثارها وما يترتب عليها

الباب الأول

فى الأحكام الصادرة بعدم قبول الطعن أو برفضه

فقـــرة | صفحة

الباب الثانى

فى الأحكام الصادرة بقبول الطعن

ونقض الحكم المطعون فيه

الفصل الأول

فيمن يستفيد من حكم النقض ومن يحتج به عليه

الفصل الثانى

فى تحديد ما ينقض من الحكم المطعون فيه

الفصل الثالث

فى عودة الخصومة إلى ما كانت عليه قبل الحكم

الفرع الأول

فى عودة الخصومة إلى ما كانت عليه قبل الحكم

فقرة — صفحة

الفرع الثالث
فى إلزام المدعى عليه بالمصاريف وأحقية الطاعن فى استرداد الكفالة

الباب الثالث
فى الإحالة بعد نقض الحكم

الفصل الأول
فيما هى المحكمة التى تحال إليها الدعوى

الفصل الثانى
كيف تتصل محكمة الإحالة بالدعوى وكيف تسير فيها

الفرع الأول
فى اتصال محكمة الاحالة بالدعوى

الفرع الثانى
فى سير الدعوى أمام محكمة الاحالة

الفصل الثالث

كيف تفصل محكمة الإحالة فى الدعوى

الباب الرابع

كيف تحكم محكمة النقض فى موضوع الدعوى


Bibliotheca Alexandrina
0245738